

# Las violencias sexuales en el Estado español:

## Marco jurídico y análisis jurisprudencial



Autoras:

**Maria Barcons**  
**Encarna Bodelón**  
**Jimena Martínez**  
**Esther Murillo**  
**Ariana Pisonero**  
**Patsilí Toledo**

Coordinado por:



Grupo de investigación Antígona  
Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)

Octubre 2018

Este material ha sido elaborado por el Grupo de Investigación Antígona, de la Universidad Autónoma de Barcelona, dentro del proyecto “Diagnóstico comparativo del abordaje de las violencias sexuales” de Creación Positiva y financiado por el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales y Consumo en el marco de la convocatoria IRPF2017, N° Exp. IRPF 101/ 2017/ 366/ 003

Elaboración de contenido:  
Grupo de Investigación Antígona - Universidad Autónoma de Barcelona



Coordinación, edición, diseño y maquetación:  
Creación Positiva



Este material ha sido subvencionado por:  
Primera edición en diciembre del 2018.



Disponible para su uso libre en la web:  
[www.creacionpositiva.org](http://www.creacionpositiva.org)



Si es **patriarcal**,  
no es justicia.

Así de simple.



# PARTE I. MARCO JURÍDICO DE LAS VIOLENCIAS SEXUALES EN EL ESTADO ESPAÑOL: Normativa internacional, estatal y autonómica, de las Comunidades de Madrid, Andalucía y Cataluña

11

## 1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES ANTE LAS VIOLENCIAS SEXUALES Y LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO

11

1.1. Convenciones internacionales de derechos humanos de carácter general	
Jurisprudencia del TEDH en materia de violencias sexuales	13
1.2. Convenciones específicas sobre derechos de las mujeres y sobre violencias por razones de género hacia las mujeres	14
1.2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	15
Jurisprudencia del Comité CEDAW	16
Recomendación general 35 (2017) del Comité CEDAW	19
Observaciones finales del Comité CEDAW a España (2015)	22
1.2.2. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)	22
1.3. El reconocimiento de las violencias sexuales al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional: las violencias sexuales en contextos de conflictos armados	24
a) Los Convenios de Ginebra	24
b) Jurisprudencia del Tribunales Penales Internacionales ad hoc	24
c) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	25
d) Recomendación general n. 30 del Comité CEDAW sobre las mujeres en la prevención de los conflictos, situaciones de conflicto y post-conflicto (2013)	26

## 2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES

28

2.1. Ámbito estatal:	28
a) La agravante de los delitos cometidos por razones de género y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito	28
b) Disposiciones del Código Penal en materia de agresiones y abusos sexuales	31
2.2. Normativa autonómica	33
a) Comunidad Autónoma de Madrid	33
b) Comunidad Autónoma de Andalucía	36
c) Comunidad Autónoma de Cataluña	40
2.3 Legislación estatal sobre Memoria Histórica ante las violencias sexuales contra mujeres durante el conflicto y post-conflicto en España	43
Marco jurídico autonómico	43

<b>3. LAS VIOLENCIAS SEXUALES DESDE UNA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL</b>	<b>46</b>
3.1. Disposiciones generales en el ámbito estatal y autonómico	46
3.2. Niñas y adolescentes menores de 18 años	46
3.2.1. Marco jurídico internacional	47
3.2.2. Normativa estatal	51
Aspectos sustanciales	51
Aspectos procesales	52
3.2.3. Normativa autonómica	55
Madrid	55
Andalucía	57
Cataluña	60
3.2.4. Principales problemas en el acceso a la justicia	65
3.3. Diversidad funcional	67
3.3.1. Marco jurídico internacional	68
3.3.2. Normativa estatal	69
Aspectos penales	69
Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social	70
3.3.3. Normativa autonómica	70
Madrid	70
Andalucía	71
Cataluña	74
3.4. Migración, etnicidad y violencias sexuales	74
3.4.1. Marco jurídico internacional	75
3.4.2. Marco jurídico estatal	77
3.4.3. Marco jurídico autonómico	79
Madrid	79
Andalucía	80
Cataluña	82
<b>PARTE II. UN CONCEPTO ANDROCÉNTRICO DE VIOLENCIAS SEXUALES</b>	<b>83</b>
Metodología	83
<b>4. MANIFESTACIONES. EL TIPO PENAL</b>	<b>83</b>
4.1. La agresión sexual. Sentencias analizadas	83
4.1.1. El concepto de violencia e intimidación. Sentencias analizadas.	89
4.2. El abuso sexual. Sentencias analizadas	90
4.3. Vejaciones injustas o lesiones	94
4.4. Los delitos vinculados	100
<b>PARTE III. LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL</b>	<b>104</b>
<b>5. EL PROCEDIMIENTO</b>	<b>104</b>
5.1 La rapidez de la justicia: tiempo transcurrido entre la agresión y la sentencia	104
5.2 Procedimiento abreviado	105
5.3 Apelación	106
5.4 Juzgados de Violencia sobre la Mujer	107
5.5 Juzgado de Menores	107
<b>6. LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO</b>	<b>108</b>
6.1 Sentencias condenatorias versus absolutorias.	

Los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo. Las sentencias de conformidad	108
6.2 La calificación jurídica de los hechos en grado de tentativa	112
6.3 El sobreseimiento de la investigación	113
6.4 Las atenuantes. Especial mención a las dilaciones indebidas	113
6.5. Las agravantes. La circunstancia mixta de parentesco	115
6.6. Las penas alternativas	116
6.7. Las penas accesorias	117
6.8 La libertad vigilada como medida de seguridad	119
<b>7. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. LA REPARACIÓN DEL DAÑO</b>	<b>120</b>
7.1. Concepto. Definición jurídica	120
7.2. Cantidad (económica) de indemnización en relación con el delito. ¿Es cuantificable el daño? Comentarios extraídos de las sentencias	120
7.3. Parámetros utilizados en las sentencias para determinar la valoración	123
7.4. Relación entre las indemnizaciones en el delito de abuso sexual y en el de agresión sexual. Cuantía e indemnizaciones concedidas	123
7.5. La renuncia por parte de la víctima. Porcentaje de las renunciaciones y motivo. El olvido en la sentencia o por parte del Ministerio Fiscal / acusación particular	127
<b>PARTE IV. LOS MITOS EN EL PROCEDIMIENTO</b>	<b>130</b>
<b>8. LA RADIOGRAFÍA DEL AGRESOR Y LOS MITOS</b>	<b>130</b>
8.1. Sexo	130
8.2. La edad	130
8.3 La nacionalidad. La residencia “ilegal”. ¿Existe sobrerrepresentación de los extranjeros?	130
8.4. La diversidad funcional. ¿Se utiliza para alegar una atenuante?	131
8.5. Otros indicadores: educación, pobreza, prestigio social	131
<b>9. RADIOGRAFÍA DE LA VÍCTIMA</b>	<b>132</b>
9.1. La edad. Víctimas menores de edad. Niñas y niños	132
9.2. La nacionalidad	134
9.3. Los contextos de ocio nocturno	134
9.4. La diversidad funcional: diferenciación entre física y psíquica. Mención a la interseccionalidad. ¿Se aplica el art. 180.1 3º del Código Penal o el artículo 181.2 Código Penal?	134
9.5. El comportamiento antes y durante la agresión. La importancia del consentimiento y su actitud durante la agresión	135
9.6. El comportamiento después de la agresión: requerimiento de lesiones, trauma y premura en la denuncia. Apreciaciones sobre la vida privada de la víctima.	136

<b>10. RADIOGRAFIA DE LOS HECHOS</b>	<b>138</b>
10.1. Relación entre víctima y agresor.	139
10.1.1. Relación de la calificación del hecho versus relación víctima/agresor	139
10.1.2. Relación de sentencia absolutoria/condenatoria versus relación víctima/agresor	139
10.2. Lugar de la agresión	140
10.2.1. Espacio público/espacio privado en relación con la relación entre víctima/agresor. Especial mención al domicilio familiar, la casa del agresor la casa de víctima	140
10.2.2. Espacio rural/urbano en relación con la relación entre víctima/agresor. Referencia a la ley catal	
<b>11. LA INTERVENCIÓN DE PROFESIONALES</b>	<b>141</b>
11.1. Los informes médicos forenses y psicológicos. Comentarios “curiosos” realizados por los profesionales de la salud	141
<b>PARTE V. ANÁLISIS CUANTITATIVO JURISPRUDENCIAL</b>	<b>144</b>
1. Las comunidades autónomas	144
2. El tiempo transcurrido entre la agresión i la sentencia	144
3. Edad de las víctimas	144
4. La edad de los agresores	145
5. Los antecedentes penales	145
6. La interposición de la denuncia	145
7. El código penal aplicado	145
8. La calificación penal de los hechos por parte del/de la Ministerio Fiscal	146
9. La calificación penal de los hechos por parte de la acusación particular	148
10. La calificación penal de los hechos en la sentencia	148
11. Delitos continuados y delitos vinculados	148
12. Agravantes de la agresión sexual	148
13. Agravantes del abuso sexual	149
14. Relación entre agresor y víctima	149
15. Lugar de los hechos	150
16. Los agravantes y los atenuantes	150
17. Las pruebas	150
18. La resolución de la sentencia	151
19. Los años de condena, las penas accesorias y la indemnización a las víctimas	152
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>153</b>
<b>I. Marco jurídico de las violencias sexuales en el estado español</b>	<b>153</b>
20. Los derechos humanos de las mujeres ante las violencias sexuales y la obligación de debida diligencia del estado	153
CEDAW	154
a) Debita diligencia del Estado	154
b) Estereotipos de género	155
c) Sensibilización y formación de profesionales	156
El Convenio de Estambul	158



21. El ordenamiento jurídico español y la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencias sexuales	<b>160</b>
Normativa penal estatal	160
Disposiciones del Código Penal en materia de agresiones y abusos sexuales	162
Normativa autonómica	164
Comunidad Autónoma de Madrid	164
Comunidad Autónoma de Andalucía	166
Comunidad Autónoma de Cataluña	168
<b>II. Un concepto androcéntrico de violencias sexuales</b>	<b>170</b>
22. Manifestaciones. El tipopenal	170
La agresión sexual. Sentencias analizadas	170
El abuso sexual. Sentencias analizadas	171
Vejaciones	172
Los delitos vinculados	173
<b>III. La violencia institucional en el procedimiento judicial</b>	<b>173</b>
23. El procedimiento	173
Tiempo transcurrido entre la agresión y la sentencia	173
24. La finalización del proceso	173
Sentencias condenatorias versus absolutorias	173
Agravantes	173
Las penas alternativas	174
25. La responsabilidad civil derivada del delito.	
La reparación del daño	175
<b>IV. Los mitos en el procedimiento</b>	<b>176</b>
26. El agresor y los mitos	176
27. La víctima	176
28. Los hechos	177
Relación entre víctima y agresor.	178
Lugar de la agresión	178
<b>Bibliografía</b>	<b>181</b>



## Parte I

# Marco jurídico de las violencias sexuales en el estado español: normativa internacional, estatal y autonómica, de las comunidades de Madrid, Andalucía y Cataluña

## 1. Los derechos humanos de las mujeres ante las violencias sexuales y la obligación de debida diligencia del estado

Las diversas formas de violencias hacia las mujeres por razones de género (VMG), entre ellas las violencias sexuales, son fenómenos muy graves que afectan al núcleo de los derechos humanos. Las violencias sexuales afectan principalmente a las mujeres y niñas y constituyen una forma grave de la violencia basada en el género, una manifestación de la discriminación contra las mujeres.

Tal como ha señalado recientemente el Comité CEDAW en su Recomendación General No. 35 (2017), el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia está unido a otros derechos humanos: los derechos a la vida, la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad, la igual protección en el seno de la familia, la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (en particular, algunas formas de violencia sexual han sido consideradas formas de tortura u otros crímenes, también de carácter internacional) y la libertad de expresión, de circulación, de participación, de reunión y de asociación.

### La Declaración y plataforma de acción de Beijing ha expresado en términos positivos el derecho a la autonomía sexual:

Los derechos humanos de la mujer incluyen el derecho a tener control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, sin coerción, discriminación ni violencia. Las relaciones igualitarias entre hombres y mujeres en materia de relaciones sexuales y la reproducción, incluyendo el pleno respeto a la integridad de la persona, exigen el respeto mutuo, el consentimiento y la responsabilidad compartida de la conducta sexual y sus consecuencias<sup>1</sup>.

Por otra parte, tal como sucede con la violencia en las relaciones de pareja (o 'violencia de género', de acuerdo con el marco normativo español de la LPO 1/2004), las violencias sexuales no ocurren al azar, sino que están relacionadas con desequilibrios de poder basados en el género<sup>2</sup>.

Por lo tanto, las violencias sexuales también suponen una violación al derecho a no sufrir discriminación, reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>3</sup>, pues es "incompatible con la dignidad y el valor de la persona"<sup>4</sup>. Las violencias sexuales constituyen una grave violación de los derechos humanos y un delito grave que se produce en diversas formas, en diversos grados, en todas las sociedades. Asimismo, y dependiendo de las circunstancias, las violencias sexuales también pueden constituir crímenes de guerra, de lesa humanidad, actos de tortura o actos constitutivos de genocidio.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado español ha ratificado una serie de tratados internacionales -instrumentos internacionales vinculantes- que recogen disposiciones que de manera específica o general se aplican a las diversas formas de violencias sexuales contra las mujeres<sup>5</sup>. La interpretación de estos instrumentos se complementa con la jurisprudencia, la interpretación doctrinaria y varias declaraciones internacionales que, aunque no son directamente vinculantes, abordan las mismas materias y permiten interpretar adecuadamente los tratados y las convenciones.

Al convertirse en parte de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen obligaciones legales, incluyendo la protección de las personas en su territorio o jurisdicción ante las violaciones de derechos humanos. Estas obligaciones son, tradicionalmente, las **obligaciones de respetar los derechos humanos**, las cuales requieren que los Estados y sus

3 CEDAW Recomendación general 19 par. 7: "La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los convenios de derechos humanos, es la discriminación en el sentido del artículo 1 de la Convención. Estos derechos y libertades comprenden: (a) El derecho a la vida; (b) El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; (c) El derecho a igual protección de acuerdo con las normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; (d) El derecho a la libertad ya la seguridad personales; (e) El derecho a igual protección de la ley; (f) El derecho a la igualdad en la familia; (g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; (h) El derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo".

4 Comisión de la Condición de la Mujer, 45 período de sesiones de 2001.

5 Hacemos presente que, dado que las mujeres sufren violencias machistas durante todo su curso vital, en este documento todas las referencias a las mujeres incluyen también las niñas. En todo caso, el capítulo 3.2.1. trata de manera específica la situación de niñas y adolescentes menores de 18 años.

1 Declaración Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 97.

2 La violencia sexual se produce también en el marco de la violencia en las relaciones de pareja.

agentes -ya sea el poder ejecutivo, el legislativo o el judicial- se abstengan de violar los derechos humanos y que no ejerzan actos que constituyan violencias sexuales. Por otra parte, las **obligaciones de garantizar** los derechos humanos significan que los Estados también deben tomar medidas ante los actos cometidos por agentes privados (no estatales). Esto es, los Estados deben tomar, con **debida diligencia**, las medidas apropiadas -legislativas o administrativas- para prevenir, investigar, juzgar y sancionar los actos cometidos por agentes no estatales (individuos o grupos) que violen los derechos humanos de las personas en el territorio del Estado y proporcionar reparación a las víctimas.

Esta responsabilidad es una parte de la obligación del Estado de ejercer la diligencia debida para proteger los derechos de todas las personas del territorio de un Estado (McCorquodale y Simons, 2007). La mera existencia de un sistema legal no es suficiente (por ejemplo, la sola existencia de leyes que sancionan delitos y la existencia de un sistema de justicia), ya que el Estado también debe “comportarse de manera que se garantice de manera efectiva” el disfrute de los derechos<sup>6</sup>.

Por consiguiente, y en virtud del derecho internacional y los pactos específicos sobre derechos humanos, los Estados pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para prevenir violaciones de derechos, para investigar y castigar los actos de violencia o para indemnizar las víctimas. En consecuencia, si un Estado no se esfuerza en investigar y castigar a una cierta forma de violencia privada -como, por ejemplo, al no tomar en serio las denuncias de las víctimas-, se entiende que está condonando tácitamente la violencia, impidiendo el ejercicio de los derechos humanos de las víctimas. Por lo tanto, **un Estado puede ser responsable, sobre la base del derecho internacional, no sólo por las acciones de su funcionariado, sino también por omisiones.**

La forma en que se ejerce la debida diligencia en un caso concreto debe ser diferente ante diversos fenómenos. Esto quiere decir que la norma de la debida diligencia es contexto-específica, esto es, que debe tener en cuenta los problemas o los factores particulares que puedan afectar a las personas de un Estado o territorio, así como los diversos tipos de delitos.

En el caso de las violencias sexuales -así como otras formas de violencias contra las mujeres por razones de género-, los Estados deben actuar con la debida diligencia para **prevenir, investigar y sancionar estas violencias, así como para reparar el daño a las víctimas.**

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “la desigualdad en el disfrute de los derechos de las mujeres en todo el mundo está profundamente enraizada en la tradición, la historia, la cultura

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Velásquez Rodríguez v. Honduras (1988).

e incluso en las actitudes religiosas”<sup>7</sup>. Más aún, en el caso de las violencias sexuales, éstas han sido tradicionalmente ignoradas en el ámbito legal y judicial y a menudo las investigaciones y los procesos penales se han enfocado erróneamente hacia cuestiones morales. **La inacción o las respuestas inadecuadas del Estado** -por ejemplo, minimizando la violencia, cuestionando la credibilidad de las víctimas o haciendo valer estereotipos de género para evaluar su conducta o la violencia que ha sufrido- contribuyen a la perpetuación de la violencia por razones de género contra las mujeres, proporcionando una forma de incitación o permiso de facto.

De hecho, la impunidad de quienes cometen actos de violencia sexual “no sólo supone la negación de justicia a las víctimas o supervivientes, sino también el refuerzo de la discriminación y desigualdad que afecta a otras mujeres y niñas” (ONU, 2006). Por consiguiente, el deber de investigar tiene como finalidad no sólo hacer justicia en casos individuales, sino también prevenir futuras violaciones de derechos humanos<sup>8</sup>.

La obligación del Estado de actuar con la debida diligencia respecto a la violencia por razones de género contra las mujeres, incluyendo las violencias sexuales, ha sido abordada y reconocida por diversos instrumentos y organismos internacionales. Así, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW) adoptada en 1993 manifestó que todos los Estados miembros de la ONU tienen la obligación de “aplicar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la violencia contra las mujeres”, incluyendo “la debida diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetuados por el Estado o por particulares”<sup>9</sup>. De manera similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) afirmó ya en 1989 que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para prevenir violaciones de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia [contra las mujeres] y para indemnizar a las víctimas”<sup>10</sup> y ha desarrollado el contenido de esta obligación en sus Recomendaciones Generales No. 19 (1992) y 35 (2017), como se verá más adelante.

También el Comité contra la Tortura ha sostenido que “cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúen a título oficial o con apariencia de legalidad sepan o tengan motivos razonables para creer que ac-

7 Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 28 (2000), párrafo 5.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Campo Algodonero” v México (2009), para. 289. El Tribunal señala expresamente que “la impunidad propicia la repetición de violaciones de derechos humanos”.

9 Artículo 4 (c).

10 Párrafo 9, de la Recomendación General No. 12 (1989). La Recomendación General No. 19 (1992) identifica la norma de “debida diligencia” para determinar si los Estados han cumplido los objetivos de la recomendación. (Basado en el artículo 2 (e) de la CEDAW).

tos de tortura o maltrato están siendo cometidos por agentes no estatales o actores privados y dejen de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, procesar y castigar tales actos de acuerdo con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios se les ha considerar como autores, cómplices o de otro modo responsables en virtud de la Convención por el hecho de consentir que se produzcan estas actos inadmisibles”.<sup>11</sup>

## 11. Convenciones internacionales de derechos humanos de carácter general

En este apartado se examinarán las convenciones y tratados de derechos humanos carácter general y, en el siguiente, los instrumentos que abordan de manera específica tanto los derechos de las mujeres como las diversas formas de violencias que las afectan.

Las convenciones internacionales de derechos humanos, tanto a escala universal como regional, es decir, tanto de Naciones Unidas como a nivel europeo, contienen disposiciones que garantizan los derechos fundamentales de las personas, muchos de los cuales se ven afectados por diversas formas de violencia, incluyendo las de carácter sexual. Tales tratados internacionales de carácter general son ampliamente utilizados, y sus disposiciones, por ejemplo, relativas al derecho a la vida, la libertad y la integridad física y psíquica, el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, etc., son invocadas a fin de afirmar que los Estados deben tomar medidas para responder ante las diversas manifestaciones de la violencia por razones de género contra las mujeres.

A nivel europeo, uno de los principales instrumentos generales de derechos humanos es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La gran mayoría de casos de violencia contra las mujeres por razones de género que se han presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se basan en problemas en el área de acceso a la justicia, las obligaciones procesales y positivas derivadas de la artículo 2 (derecho a la vida), el artículo 3 (prohibición de la tortura), el artículo 4 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado) y el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio (Consejo de Europa, 2015: 6-7). Esto se debe a que efectivamente, la prohibición de la violencia sexual por el derecho internacional de los derechos humanos se ha abordado inicialmente a partir de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

### Jurisprudencia del TEDH en materia de violencias sexuales

La jurisprudencia del TEDH en materia de violencias sexuales se ha desarrollado a partir de mediados de la década de 1980. En particular, en 1985, el TEDH reconoció en el caso **X e Y v. Países Bajos** (no. 8978/80), que la legislación holandesa tenía vacíos que impedían

el acceso a la justicia de una niña de 16 años con discapacidad intelectual, que había sido víctima de violencia sexual y que constituían una violación al derecho a la protección de su intimidad y su vida privada.

En 1997, en el caso **Aydın v. Turquía**, sobre agresiones sexuales reiteradas a una mujer detenida, el TEDH subrayó que la violación de una persona detenida por un funcionario del Estado debe considerarse una forma especialmente grave y detestable de malos tratos dada la facilidad con que el delincuente puede explotar la vulnerabilidad y debilitar la resistencia de su víctima. Además, el tribunal reconoció que la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima y que había dejado a la mujer sintiéndose degradada y violada tanto física como emocionalmente. El Tribunal consideró que tanto la acumulación de actos de violencia física y mental infligidos a la demandante mientras se encontraba bajo custodia como el **acto de violación especialmente cruel al que había sido sometida equivalían a tortura**, en violación del artículo 3 de la Convención (prohibición de tratos inhumanos o degradantes). Además, el TEDH considera que la denuncia de violación cometida bajo la custodia de un funcionario exige que la víctima sea examinada por médicos/as independientes con la sensibilidad y experiencia adecuadas. Eso no ocurrió, lo que hizo que la investigación fuera deficiente y le denegara a la solicitante el acceso a una indemnización, en violación del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención. El TEDH ha reiterado su posición respecto de las violencias sexuales contra mujeres detenidas en **Maslova y Nalbandov v. Rusia** (24 de enero de 2008). También en **S.Z. v. Bulgaria** (n.º 29263/12), en 2015, el Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 3 (prohibición de trato inhumano o degradante) del Convenio a causa de las deficiencias en la investigación llevada a cabo sobre la detención ilegal y la violación sexual de la solicitante, teniendo en cuenta, en particular, a las demoras excesivas en el proceso penal y la falta de investigación sobre ciertos aspectos de los delitos.

En **O’Keeffe v. Irlanda**, en 2014 el TEDH reconoció la responsabilidad del Estado por el abuso sexual de una niña de nueve años a manos de un profesor en una escuela nacional irlandesa, ocurrido en 1973. El Tribunal sostuvo que había habido una violación del artículo 3 (prohibición de trato inhumano y degradante) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio relativo a la incapacidad del Estado irlandés para proteger al solicitante de abuso sexual, puesto que el Estado irlandés no había estructurado el sistema educativo para protegerla del abuso, así como para investigar o proporcionar una respuesta judicial apropiada.

En **M.C. v. Bulgaria** (nº 39272/98), en 2003, el TEDH consideró que había una vulneración del artículo 3 de la Convención (prohibición del trato degradante) y del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada), ya que la legislación búlgara no sancionaba la violencia sexual si no había habido resistencia por parte de la víctima.

<sup>11</sup> Párrafo 18 de la Observación General No. 2 (2007).

El TEDH señaló que los Estados tenían la obligación de enjuiciar cualquier acto sexual no consentido, incluso cuando la víctima no se había resistido físicamente. Ello es particularmente relevante respecto de las víctimas jóvenes -en este caso tenía 14 años de edad-, quienes a menudo no oponen resistencia por razones psicológicas (ya sea sometándose pasivamente o disociándose de la violación) o por miedo a más violencia. El tribunal señaló que se debe reconocer la falta de consentimiento como elemento esencial para determinar la violación y el abuso sexual.

En diversos casos, como **I.G. v. República de Moldova** (n° 53519/07) y **M. y otros v. Italia y Bulgaria** (n° 40020/03), ambos decididos en 2012, así como **I.P. v. República de Moldova** (n° 33708/12), de 2015, el TEDH estableció que la falta de investigación adecuada de casos de violencias sexuales, llevando a la impunidad, es considerada una violación del artículo 3 de la Convención (prohibición del trato inhumano o degradante). En **B.V. v. Bélgica** (n° 61030/08), en 2017, el Tribunal sostuvo que, en vista de la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva, las autoridades deberían, tan pronto como hubiera presentado su denuncia, haber utilizado prontamente todas las oportunidades disponibles para establecer los hechos y, según corresponda, las circunstancias que rodearon a los presuntos actos de violación y atentado al pudor. De lo contrario, la investigación podría no cumplir con los requisitos de seriedad y exhaustividad.

De acuerdo al CEDH, toda persona tiene derecho de acceso a la justicia ya una “audiencia (...) en un **plazo razonable**”<sup>12</sup>. Este punto es particularmente relevante en cuanto a los delitos sexuales, si se tiene en cuenta no sólo los intereses de las víctimas, sino también de la parte acusada. Es una obligación de los Estados, de conformidad con sus compromisos internacionales, “organizar sus sistemas judiciales de manera que los tribunales puedan cumplir cada una de sus necesidades, incluyendo la obligación de conocer los casos en un plazo razonable”<sup>13</sup>. El TEDH ha identificado una serie de casos en que se requiere una particular celeridad, dado que la “razonabilidad” debe tener en cuenta lo que está “en juego” para la persona, como los casos que afectan a la reputación de la persona<sup>14</sup>, algo especialmente preocupante en los hechos de violencias sexuales.

En relación con la duración del proceso policial, una vez el atestado policial y la denuncia se han hecho llegar al/a la juez/a, no hay un límite temporal establecido, por lo que el periodo de investigación puede durar varios meses o varios años, en función del caso. En 2012, en el caso **PM. v. Bulgaria** (n° 49669/07) en que habían pasado más de 15 años desde la denuncia, sin juicio -a pesar que los hechos habían sido investigados e identificados los responsables- el TEDH estableció que el

limbo procesal en que había permanecido la víctima era violatorio del artículo 3 de la Convención (prohibición del trato inhumano o degradante). En un sentido similar, en **W. v. Eslovenia** (n° 24125/06), en 2014, y en **Y. v. Eslovenia** (n° 41107/10), en 2015, el TEDH reconoció que las largas demoras en el proceso penal por violencia sexual habían violado la obligación del Estado de enjuiciar efectivamente los delitos penales cometidos contra la víctima.

En **Y. v. Eslovenia**, en 2015, el Tribunal también sostuvo que se había violado el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención, ya que las autoridades eslovenas no habían protegido la integridad personal del solicitante durante la investigación y el juicio penal, ya que **durante el contra-interrogatorio habían sido utilizadas expresiones ofensivas y humillantes para la víctima**. Aunque se había intentado reducir su revictimización, dada la sensibilidad del asunto y su corta edad en el momento en que se produjeron los ataques sexuales, se habría requerido un enfoque particularmente delicado. El Tribunal observó que, si bien debía otorgarse a la defensa cierto margen de maniobra para impugnar la credibilidad de la demandante, el interrogatorio no debería utilizarse como un medio de intimidación o humillación de las víctimas o testigos.

## 1.2. Convenciones específicas sobre derechos de las mujeres y sobre violencias por razones de género hacia las mujeres

Como resultado de la continua presión ejercida internacionalmente por los grupos a favor de los derechos de las mujeres, las cuestiones de la violencia contra las mujeres y la violencia sexual se incorporaron en diversos instrumentos internacionales de carácter no vinculantes, como en la ya mencionadas Declaración y programa de acción de Viena (1993) y la Declaración y plataforma de acción de Beijing (1995). En estas declaraciones, las violencias sexuales y físicas han sido catalogadas con firmeza y de manera explícita como violaciones de derechos.

En esta línea, la Declaración y plataforma de acción de Beijing define la violencia sexual incluyendo (a modo ejemplar) la violencia en la familia y en la comunidad en general, la violación y la violación en el matrimonio, el abuso sexual y el abuso sexual de niñas, el acoso e intimidación sexual y la violencia sexual perpetrada o tolerada por el Estado.

Esta Declaración reconoce que la violencia sexual (y otros) contra las mujeres **se produce como resultado de los valores sociales implícitos, las creencias culturales y las relaciones desiguales de poder** (secciones 117-118). La violencia contra las mujeres constituye “uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que las mujeres son forzadas a una situación de subordinación respecto del hombre” (sección 117). La complicidad del Estado también se reconoce como

12 Artículo 6. Convenio Europeo de Derechos Humanos.

13 CEDH, *Sussman versus Alemania*, 1996.

14 Por ejemplo, TEDH, *Pieniqzek versus Polonia*, 2004.

una contribución a la espiral de violencia que sufren muchas mujeres, ya que “a menudo hay una falta de protección de las víctimas o de castigo de los culpables” (sección 117). La violencia sexual se identifica en la Declaración y programa de acción de Viena y en la Declaración y plataforma de acción de Beijing como una cuestión estructural, arraigada en las relaciones de poder y de género, en lugar de ser considerada una anomalía individual, de acuerdo con las concepciones feministas sobre la violencia sexual y otras formas de violencia de género.

Más allá de la importancia de estas declaraciones, en los apartados siguientes examinamos los dos principales tratados internacionales, es decir, vinculantes, ratificados por el Estado español y, por tanto, integran nuestro ordenamiento jurídico y que abordan las violencias hacia las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos.

En primer lugar, examinamos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que pertenece al sistema universal de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. Seguidamente, examinamos el tratado internacional específico que aborda las violencias hacia las mujeres en el ámbito europeo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)<sup>15</sup>.

### 1.2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979<sup>16</sup>, los Estados miembros tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las mujeres de todas las edades, incluyendo las niñas. La CEDAW define la discriminación de la siguiente manera:

Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el campo político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otro campo. (Artículo 1)

La CEDAW, sin embargo, no menciona en su articulado explícitamente la violencia hacia las mujeres. Sólo mediante la Recomendación general No. 19 (RG 19), en 1992, el Comité CEDAW señaló que la violencia basada en el género era una forma de discriminación contra las mujeres y, por tanto, se incluía en la Convención.

El trabajo del Comité en relación con la violencia hacia las mujeres basada en el género remite a diversas disposiciones sustantivas de la Convención, incluyendo, además de la definición de discriminación del artículo 1, el artículo 5 sobre los estereotipos y sus consecuencias:

Artículo 5: Los Estados miembros tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de lograr la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

El artículo 12 sobre violaciones de salud sexual y reproductiva:

Artículo 12: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. (...)

Y el artículo 16, sobre asuntos relacionados con el matrimonio y la familia:

Artículo 16: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)

El Comité CEDAW, en la **RG 19**, definió la **violencia contra las mujeres como aquella violencia dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres o que les afecta de manera desproporcionada**, que incluya actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, las amenazas de tales actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad.

La RG 19 desarrolló por primera vez la obligación de “diligencia debida” de los Estados, por la cual **los Estados no sólo son responsables de los actos de los agentes del Estado (policía, juezas y jueces, funcionarios públicos, etc.), sino que también pueden ser responsables de los actos cometidos por actores privados si no actúan con la debida diligencia** para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia hacia las mujeres y proporcionar una compensación a las víctimas.

La relevancia de la RG 19 a escala mundial es ampliamente reconocida. De las recomendaciones del Comité, ha sido la que se ha invocado con más frecuencia, tanto internacionalmente como en los ámbitos nacionales. El enfoque de la RG 19, basado en los derechos, ha desplazado el lenguaje relacionado con la violencia por

<sup>15</sup> Los instrumentos específicos referidos a los derechos de niñas y niños, así como de las personas con diversidad funcional, se examinan en el apartado 3 de este documento.

<sup>16</sup> Ratificada por el Estado español el 16 de diciembre de 1983 y publicada en el BOE el 21 de marzo de 1984.

razones de género contra las mujeres, de la violencia “natural” y “inevitable” al lenguaje de las obligaciones de los Estados partes.

La formulación de la RG 19 de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos ha tenido una gran influencia en otros instrumentos internacionales, como, por ejemplo, en la Declaración y programa de acción de Viena (1993) o en la redacción de la versión final de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW, 1993). En particular, la referencia a la “diligencia debida” en relación con la violencia contra las mujeres ha sido incorporada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la DEVAW (1993), la Convención Inter-americana de 1994 sobre la Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer o el Convenio del Consejo de Europa de 2011 para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y violencia doméstica (Convenio de Estambul).

En 2017 el comité actualizó la RG 19 mediante la Recomendación general No. 35, que actualmente es el instrumento que aborda de manera más completa las obligaciones de los estados ante las violencias por razones de género contra las mujeres desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>17</sup>

### Jurisprudencia del Comité CEDAW<sup>18</sup>

La mayoría de las comunicaciones individuales que se hacen al Comité -casos individuales en que se considera que el Estado ha violado la Convención y que se presentan ante el Comité una vez agotados los recursos internos- han centrado en la VMG y, en particular, en la violencia cometida por agentes privados en los casos en que entra en juego la responsabilidad internacional del Estado por la falta de “debida diligencia”.

El Comité también ha tratado la discriminación interseccional y el impacto que tiene en la VMG, es decir, la forma en que diferentes categorías de discriminación -construida socialmente y cultural- interactúan en múltiples y, a menudo, en simultáneos niveles, contribuyendo a la discriminación y la violencia. Por ejemplo, el Comité incluye en este ámbito las mujeres afectadas por la marginación legal (personas “sin papeles” o encarceladas), el aislamiento social (refugiadas o personas internamente desplazadas, las afectadas por las barreras lingüísticas), mujeres que pertenecen a un determinado grupo (religioso, étnico, racial o sexual) o

<sup>17</sup> El Comité ha formulado otras recomendaciones que están relacionadas con ciertas formas de violencias basadas en el género hacia las mujeres, como la Recomendación general n. 30, sobre las mujeres en la prevención de los conflictos, las situaciones de conflicto y posconflicto (2013) y la Recomendación general n. 31, sobre prácticas nocivas (2014), adoptada conjuntamente con el Comité de Derechos de la Infancia.

<sup>18</sup> Aunque el Comité CEDAW, al igual que otros Órganos de Tratados, no es un tribunal, de acuerdo al Protocolo Facultativo de la CEDAW, posee competencia para decidir asuntos que se ponen en su conocimiento sobre violaciones de la Convención por parte de un Estado parte, una vez agotados los recursos internos.

aspectos como la edad, la discapacidad, la condición social baja o la pobreza.

Un buen ejemplo de ello es que el Comité ha reconocido expresamente la discriminación interseccional que afecta a las mujeres aborígenes y la necesidad de establecer medidas para garantizar el acceso efectivo de este colectivo a la justicia. Particularmente, ha señalado la necesidad de garantizar la asistencia gratuita y adecuada de intérpretes para las víctimas, incluso para el lenguaje de signos, y la interpretación o la traducción de documentos para las mujeres migrantes.

A continuación, analizamos algunos aspectos relevantes de las recomendaciones formuladas por el Comité CEDAW en Estados en relación con el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias sexuales: a) Debida diligencia del Estado; b) los estereotipos de género y c) sensibilización y formación de profesionales.

### A) La debida diligencia del Estado

En relación con el estándar de la debida diligencia, el Comité indica que es un estándar alto y que los Estados partes, por una parte, deben proporcionar un marco jurídico adecuado que combine las sanciones penales, civiles y de protección (incluyendo las órdenes de alejamiento y detención de personas que amenazan la violencia) y, por otro, que esta protección formal debe ser una protección “real” en la práctica. Cuando las mujeres hayan sido identificadas como víctimas de una situación de violencia, requiere que el funcionariado del Estado se adhiera a la obligación de debida diligencia del Estado.

Una recomendación repetida para la mayoría de los Estados es que hay que atender de manera prioritaria la VMG. El Comité ha sugerido que la diligencia debida requiere **tolerancia cero** con el fin de conseguir que la violencia sea inaceptable socialmente y éticamente.

Asimismo, además de la necesidad de derogación de todas las normas discriminatorias en el ámbito legal, el Comité considera que es necesaria una **legislación específica** para hacer frente a todas las formas de VMG, incluyendo las leyes específicas sobre la violencia doméstica o en el ámbito de la pareja o la familia, el acoso sexual (en los lugares de trabajo y las escuelas), la violación marital, el incesto, la MGF, el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual y el matrimonio forzado.

La legislación debe ser adecuada, con las definiciones apropiadas -incluyendo la violencia doméstica o en el ámbito de la pareja, y el crimen de violación, que deben centrarse en la falta de consentimiento- y las sanciones adecuadas para los actos de VMG. La defensa del honor en los casos de VMG no debe ser admitida. La legislación debe **proporcionar una protección efectiva a la mujer**, aspecto que incluye las órdenes de pro-



tección o alejamiento, y le debe permitir el acceso a la asistencia jurídica. Asimismo, considera que se debe posibilitar la obtención de órdenes de protección o alejamiento contra los autores después de que hayan sido liberados de la custodia (por ejemplo, cuando salen de la cárcel una vez acabada la condena) para evitar la repetición de la victimización de las mujeres.

Los tribunales estatales deben considerar que el derecho de las mujeres a vivir libre de la violencia es una parte integral del derecho humano a la vida ya la integridad física y mental, y no pueden dejar de lado estos derechos por las reivindicaciones de otros derechos, como los derechos a la propiedad y a la privacidad, la libertad de movimiento o el debido proceso. En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado expresamente este equilibrio de derechos. Y el Comité ha puesto de manifiesto específicamente que el ejercicio de los derechos de custodia o de visita no debe poner en peligro los derechos y la seguridad de la víctima de la violencia contra las mujeres o contra niñas o niños.

Por otra parte, el Comité ha señalado que **la prevención y el castigo son dos obligaciones diferentes para los Estados**. Así pues, en los casos en que se ha producido la violencia debido a la incapacidad del Estado para cumplir el deber de prevenirla actuando con la debida diligencia, y cuando no se han otorgado medidas de protección, el enjuiciamiento del infractor no es suficiente para curar el incumplimiento de la obligación de prevenir, lo que involucra igualmente la responsabilidad internacional del Estado.

La protección también requiere recursos suficientes, eficaces y específicos a fin de apoyar y compensar las mujeres víctimas de VMG.

En otro punto, el Comité ha expresado preocupación en relación con la **neutralidad del lenguaje en las políticas sobre la VMG**, es decir, políticas que abordan la situación de violencia como si afectara de manera equivalente hombres y mujeres. Esta neutralidad puede socavar el reconocimiento de la desproporcionalidad con que la violencia afecta a las mujeres, lo que constituye una forma de discriminación contra las mismas mujeres.

También ha observado la **falta de aplicación efectiva de la legislación existente**, incluyendo las altas tasas de abandono de los casos, las bajas tasas de enjuiciamiento y condena, la falta de asistencia jurídica a las víctimas, la falta de aplicación de medidas para protegerlas, las órdenes de protección que representan las cargas administrativas y legales indebidas para las personas solicitantes o el uso de leyes tradicionales discriminatorias a pesar de las leyes promulgadas contra la VMG.

El Comité ha enfatizado que el funcionariado del Estado debe respetar sus obligaciones, tener conciencia y conocimiento de todas las formas de VMG y responder

adecuadamente. Los estereotipos, los prejuicios, los comportamientos inadecuados y las actitudes revictimizantes hacia las mujeres pueden disuadirlas de denunciar la violencia.

Y también señaló que se han de ofrecer **medidas de apoyo suficientes** a las víctimas de la violencia, en particular, en el ámbito doméstico, tales como refugios y apoyo jurídico, médico, psicológico y de rehabilitación, así como centros de atención de crisis en casos de violencias sexuales.

En este sentido, hay que recordar que la financiación y la supervisión adecuadas son esenciales para la prestación de estos servicios, para el funcionamiento correcto de las estrategias estatales y de los procesos legales.

El Comité ha rechazado las formas informales de solución de controversias y procedimientos de mediación que favorecen la reconciliación en situaciones de violencia contra las mujeres, como, por ejemplo, en la familia. En cualquier caso, la rehabilitación o los programas terapéuticos para los delincuentes sí pueden ser considerados.

Con todo ello, el Comité subraya la necesidad de **estrategias coordinadas, multisectoriales y con múltiples actores** -en particular, ONGs- para prevenir y abordar la VMG de manera integral, sistemática y sostenida.

Finalmente, otro aspecto que menciona es el relativo a la necesidad de recopilar datos para evaluar y comprender mejor la prevalencia de determinados tipos de violencia, para crear conciencia social y para establecer y poder aplicar adecuadamente políticas y programas. Los Estados deben recopilar datos estadísticos completos sobre las diversas formas de VMG: violencias sexuales desglosadas por sexo, origen étnico, edad, relación entre la víctima y los autores, número de denuncias, juicios y condenas y penas impuestas a los autores.

## B) Los estereotipos de género

Un aspecto particularmente sensible en relación con las violencias sexuales es la persistencia de los **estereotipos de género, por ejemplo, en cuanto a las características de las víctimas para ser consideradas "creíbles"**. Un estereotipo es una visión generalizada o un preconcepto sobre los atributos, las características o los roles que son o deberían ser poseídos por miembros de un grupo social determinado (Cusack, 2014).

En el ámbito de las violencias sexuales, los estereotipos de género se construyen a partir de valoraciones sociales y culturales que determinan **qué es una conducta sexual apropiada para los hombres y las mujeres**. Estos estereotipos, por estar impregnados socialmente, a menudo afectan a operadoras/es jurídicas/os, funcionarias/os y otras/os profesionales, al personal que está en contacto con mujeres que han sufrido violencias sexuales y, incluso, las mismas mujeres que las han sufrido.

En cuanto a los estereotipos basados en el género, el Comité considera que los Estados están obligados a hacer frente a las relaciones de género tradicionales y la persistencia de los estereotipos basados en el género como una de las obligaciones centrales para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Las actitudes patriarcales, los estereotipos y los prejuicios culturales -incluyendo la idea de que la VMG es inevitable, pueden disminuir la eficacia de las medidas que abordan este tipo de violencia. Cuando las víctimas potenciales se hacen responsables de su propia protección, tales estereotipos son reforzados.

Por otra parte, el Comité reconoce que la **educación y los medios de comunicación** son instrumentos que ayudan a eliminar los prejuicios que dificultan la igualdad de las mujeres y permiten cambiar actitudes. Por ello recomienda campañas de sensibilización conjuntas entre la sociedad civil y los medios de comunicación.

Los Estados deben hacer frente a los estereotipos patriarcales del funcionariado del Estado, así como el poder judicial y agentes privados. En consecuencia, el Comité recomienda la **formación obligatoria en estereotipos de género de juezas y jueces y personal de la Administración**, a fin de asegurar, especialmente, que los juicios por violencia sexual sean justos y no se vean afectados por prejuicios y estereotipos sobre el género, la edad o la discapacidad de la víctima.

**Toda investigación debe ser imparcial, seria e integral**, y debe permitir establecer la responsabilidad del autor (ya sea a través de un proceso penal, administrativo o disciplinario) y la responsabilidad de los agentes del Estado, en caso de que el debido proceso no haya sido garantizado (ONU, 2013)<sup>19</sup>. Por ello, se considera que **no hay investigación o juicio imparcial cuando existen prejuicios o nociones estereotipadas** respecto de las actitudes y las características de las víctimas o las personas acusadas<sup>20</sup>. Algunos ejemplos de aplicación injustificada de los estereotipos de género en la Administración de Justicia en casos de violencia sexual y de género son:

- La aplicación y la implementación de reglas inflexibles sobre lo que constituye violencia doméstica o violencia de género<sup>21</sup> o sobre el hecho de cómo las mujeres y las niñas deben comportarse ante estas violencias (por ejemplo, que se han de resistir con todas sus fuerzas, que deben denunciar inmediatamente, etc.).

- La determinación de la credibilidad de la víctima sobre la base de las ideas preconcebidas sobre el hecho de cómo debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después del acto, dadas las circunstancias, el carácter y la personalidad<sup>22</sup>

19 Párrafo 73.

20 CEDAW, Vertido v Filipinas, 2010, párrafo 8.9.

21 CEDAW, VK versus Bulgaria, 2011, párrafo s 9,11.

22 CEDAW, Vertido v Filipinas, 2010, párrafo 8.5. En el par 8.4 también señala que “ el poder judicial debe tener la precaución de no hacer afirmaciones sobre lo que las mujeres o los niños deben ser o

(es decir, si la mujer ha bebido, ha tomado drogas, ha ido voluntariamente a casa de un hombre, si es una mujer que ha tenido relaciones ocasionales con otros hombres, etc.).

- La **suposición tácita de responsabilidad de la víctima sobre los hechos**, ya sea por la forma de vestir, el empleo, la conducta sexual, la relación o el parentesco con el agresor (CIDH, 2007).

- El uso de **estereotipos sobre las sexualidades masculina y femenina**, de la víctima o el perpetrador<sup>23</sup>(como el hecho de asumir que son las mujeres las que tienen que poner límites a la violencia sexual masculina, que no han de “provocarlos”, etc.).

- La falta de atención a testimonios de las niñas<sup>24</sup>.

- La **injerencia en la vida privada de las mujeres** cuando su vida sexual se tiene en cuenta al considerar el alcance de sus derechos y su protección<sup>25</sup> (como cuando se averigua en un juicio o en la investigación la conducta sexual previa de la mujer, sus relaciones sexuales o afectivas previas, etc.).

El Comité también ha identificado que los estereotipos patriarcales sobre la violencia en el ámbito de la pareja conducen a hacer caso omiso de esta violencia en los casos relativos a determinar los derechos de custodia y visitas en relación con las niñas y niños, y recomienda que en estos casos se tomen en consideración los actos previos de violencia.

Estos estereotipos y tratamientos indebidos constituyen una forma de discriminación que los Estados deben abolir de acuerdo con las obligaciones internacionales<sup>26</sup>. Por lo tanto, tal como el Comité de Derechos Humanos ha señalado, “si sigue habiendo algún problema de discriminación de hecho, ya sea practicado tanto por las autoridades públicas, por la comunidad, por personas u organismos”, el Estado debe adoptar “disposiciones legales y medidas administrativas dirigidas a disminuir o eliminar tal discriminación<sup>27</sup>”.

El Comité CEDAW ha declarado, en un caso concreto, que “el cumplimiento de la obligación de diligencia debida del Estado parte sobre la base de los artículos 2 (f) y 5 (a) en relación con la obligación de erradicar los estereotipos de género necesita ser evaluada teniendo en cuenta el nivel de sensibilidad de género aplicado en el tratamiento judicial del caso<sup>28</sup>”.

### C) Sensibilización y formación de profesionales

En relación con la sensibilización y la formación de profesionales, el Comité recomienda varias medidas para

lo que deberían

23 CEDAW, Vertido v Filipinas, 2010, párrafo 8.6

24 Comité de los Derechos de la Infancia. Comentario general No. 12 (2009).

25 Comité de Derechos Humanos. Observación general No. 28 (2000), párrafo 20.

26 Art. 2 (f) y 5 (a) de la CEDAW.

27 Comité de Derechos Humanos. Observación general 18 (1989). Párrafo 9.

28 CEDAW, Vertido versus Filipinas, 2010.

promover el acceso de las mujeres a la justicia, como, organismos y tribunales especializados en las víctimas, unidades de delitos sexuales dentro de los organismos policiales y de fiscales y el aumento del número de mujeres en puestos judiciales y de aplicación de la ley.

Las y los operadoras/es jurídicos que participen en la investigación y la persecución criminal de casos de VMG, incluyendo cuerpos policiales, fiscales y juezas/zas, deben estar provistos de un entrenamiento regular en la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los actos de VMG y, en particular, cuando ocurre en la esfera doméstica o en relación con la violencia sexual. En este sentido, el Comité también señala que es necesaria una formación adecuada y regular sobre la CEDAW, la RG 19 del Comité, y su protocolo facultativo, garantizando que las denuncias relativas a la violencia basada en el género se reciben y se consideran de manera adecuada, a fin de evitar la revictimización de las mujeres.

Estas recomendaciones generales también se han hecho de manera específica en España en las recientes observaciones finales del Comité, en 2015 -como se verá más adelante-, donde se recomienda al Estado que se haga formación obligatoria a juezas/zas, fiscales, cuerpos policiales y otras autoridades sobre la Convención, el protocolo facultativo y la aplicación estricta de las normas penales sobre VGM, así como en procedimientos sensibles al género para entrevistar y tratar mujeres víctimas de violencia.

### Recomendación general 35 (2017) del Comité CEDAW

La RG 35 concentra en una sola Recomendación General, los avances que el Comité ha hecho en materia de VMG en los 25 años desde la adopción de la RG 19. Dentro de los aspectos generales que desarrolla la RG 35 se encuentra el que la violencia contra las mujeres por razones de género, incluidas las violencias sexuales, debe ser comprendida como problema social más que individual, que exige respuestas integrales. Es decir, la regulación debe ir más allá de poner énfasis en situaciones concretas, autores o víctimas/supervivientes individuales.

Otro aspecto general desarrollado de manera transversal en la RG 35 es la **interseccionalidad**. El Comité CEDAW reconoce que **las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, que tienen un efecto negativo agravado**, por lo que las violencias por razones de género pueden afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas -por ejemplo, por razones de origen nacional, religión, clase social, salud, etc.-, por lo que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas.

La RG 35 no identifica ni hace listados de formas o manifestaciones de violencia contra las mujeres por razones de género, sino que mantiene la **definición amplia** de la RG 19 (1992): actos u omisiones destinados a o que puedan causar o provocar la muerte o un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para

las mujeres, amenazas de tales actos, acoso, coacción y privación arbitraria de la libertad.

El Comité también destaca la **importancia del contexto** en que se dan diversas formas de violencia contra las mujeres por razones de género. Esta violencia se ve afectada y a menudo agravada por factores culturales, económicos, ideológicos, tecnológicos, políticos, religiosos, sociales y ambientales, como se pone de manifiesto, entre otras cosas, en los contextos del desplazamiento, la migración, el aumento de la globalización de las actividades económicas, en particular de las cadenas mundiales de suministro, la industria extractiva y la deslocalización, la militarización, la ocupación extranjera, los conflictos armados, el extremismo violento y el terrorismo. La violencia contra las mujeres por razones de género también se ve afectada por las crisis políticas, económicas y sociales, los disturbios, las emergencias humanitarias, los desastres naturales y la destrucción o degradación de los recursos naturales.

El Comité reitera que la violencia contra las mujeres por razones de género está, efectivamente, arraigada en **factores relacionados con el género**, como la ideología del derecho y privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculino, imponer los roles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de esta violencia, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto.

La violencia contra las mujeres por razones de género se produce **en todos los espacios y esferas de la interacción humana, ya sean públicos o privados**, entre ellos los contextos de la familia, la comunidad, los espacios públicos, el lugar de trabajo, el esparcimiento, la política, el deporte, los servicios de salud y los entornos educativos, y en la redefinición de lo público y lo privado a través de entornos tecnológicos, como las formas contemporáneas de violencia que se producen en línea y en otros entornos digitales.

La RG 35 clarifica las obligaciones de los Estados en materia de violencias contra las mujeres por razones de género, estableciendo que:

- **Los Estados partes tienen responsabilidad por actos y omisiones de agentes del Estado o de particulares.** Los agentes del Estado, pueden ser del poder ejecutivo, legislativo y judicial, a nivel estatal, regional/autonómico, municipal/local. Los actos de agentes privados que ejercen atribuciones del poder público, entre ellos los organismos privados que prestan servicios públicos, como la atención de la salud o la educación, o gestionan el funcionamiento de centros de detención, se consideran actos atribuibles al propio Estado.

- **El estado tiene obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas/supervivientes** de VMG causada por agentes estatales o particulares.

- **Con respecto a violencia contra las mujeres por razones de género cometida por particulares, los Estados tienen la obligación de actuar con diligencia debida**, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado (esto es, funcionarios/as convencidos de la importancia y gravedad de la VMG y la importancia de su actuación). El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas/supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de VMG (por lo que debe existir un sistema para sancionar las intervenciones inadecuadas o negligentes).

Las **recomendaciones específicas** que señala el Comité en la RG 35 se dividen en los siguientes ámbitos: a) medidas legislativas generales, b) prevención, c) protección, d) enjuiciamiento y castigo, e) reparaciones, y f) coordinación, vigilancia y recolección de datos. A continuación, se presentan los aspectos más destacables en relación con las violencias sexuales en cada uno de ellos:

#### a) Medidas legislativas generales

- Establecimiento de **sanciones legales adecuadas** (penales y civiles) ante todas las formas de VMG.
- **Derogar normas discriminatorias o que alienan, facilitan, justifican o toleran cualquier forma de VMG**, incluyendo (entre otras) las normas que penalicen a las mujeres que ejercen la prostitución. También las leyes que impidan o disuadan a las mujeres de denunciar la violencia, como las leyes de inmigración restrictivas
- **Violencia sexual**. Se debe garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la **definición de los delitos sexuales se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas**.
- **La prescripción de los delitos, en caso de que exista, debe dar prioridad a los intereses de las víctimas y supervivientes** y tener en cuenta las circunstancias que obstaculizan su capacidad para denunciar la violencia sufrida (párr. 29 e)

#### b) Prevención

- **Participación**. El diseño y aplicación de las medidas de prevención debe incluir la participación activa de organizaciones de mujeres, incluyendo grupos afectados por discriminación múltiple.
- **Educación**. La integración de contenidos sobre igualdad de género en los planes de estudios a todos los niveles de la enseñanza, tanto públicos como privados, garantizando una educación sexual integral para niñas y niños, apropiada en función de la edad, con bases empíricas y científicas.
- **Concienciación**. Entre otros, los programas y campañas de concienciación deben desmantelar la creencia generalizada sobre la culpabilización de las víctimas (que las mujeres son responsables de su propia seguridad y de la violencia que sufren). Los programas deben estar dirigidos a mujeres y hombres en todos los niveles de la sociedad; el personal docente, sanitario, de servicios sociales, policial y de justicia; líderes tradicionales y religiosos; y autores de cualquier forma de VMG (a fin de prevenir la reincidencia).
- **Espacio público**. Implementar (con la participación de la comunidad y grupos de mujeres) medidas eficaces para que los espacios públicos sean seguros y accesibles para todas las mujeres y las niñas.
- **Medios de comunicación**. Alentar a los medios de comunicación a que eliminen la discriminación contra la mujer, en particular la divulgación de una imagen perjudicial y estereotipada de las mujeres o de determinados grupos de mujeres.

- **Capacitación y formación**. Debe ser obligatoria, periódica y efectiva: para los miembros del poder judicial, abogados/as, policías, fiscales, personal médico forense, legisladores y profesionales de la salud, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva, especialmente en los servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y el VIH, y a todo el personal educativo, social y de bienestar, en particular el que trabaja con mujeres en las instituciones, tales como residencias, centros de asilo y prisiones. Contenidos mínimos: estereotipos de género, trauma y sus efectos, interseccionalidad, reducción de revictimización, normativa nacional e internacional sobre VMG.

- **Sector privado**. Se deben promover medidas a ser adoptadas por el sector privado, ej.: protocolos y procedimientos que hagan frente a todas las formas de VMG que puedan producirse en el lugar de trabajo o afecten a las trabajadoras.

#### c) Protección

- **Oportunidad**. Las medidas de protección (incluyendo protección de su privacidad) deben ser dis-

ponibles para las mujeres antes, durante y después de las acciones judiciales. No puede ser condición previa para la protección de las víctimas que tengan que iniciar acciones legales.

- **Evaluación inmediata de los riesgos**, para definir las medidas más adecuadas. Deben incluir sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte de los agresores.
- **Atención sanitaria**. Debe tener por objetivo la recuperación postraumática e incluir servicios oportunos y amplios de salud mental, sexual y reproductiva, en particular anticonceptivos de emergencia y la profilaxis contra el VIH posterior a la exposición.
- **Servicios especializados**. Por ejemplo, líneas telefónicas de asistencia que presten atención 24 horas al día y un número suficiente de centros de crisis seguros y adecuadamente equipados, centros de apoyo y de derivación de pacientes y centros de acogida adecuados para las mujeres, sus hijos y otros familiares, según las necesidades
- **Autonomía de las mujeres**. Todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas y supervivientes deben respetar y fortalecer su autonomía. (párr. 31 b)
- **Factores que incrementan el riesgo**. Deben implementarse iniciativas para controlar la disponibilidad y accesibilidad a armas y sustancias utilizadas para atacar a las mujeres
- **Información accesible** sobre los recursos jurídicos y sociales disponibles para las víctimas y supervivientes, incluidas las reparaciones. La información debe ofrecerse a todas las mujeres, en especial a las afectadas por las formas múltiples de discriminación, como aquellas con discapacidad, analfabetas o que tienen un conocimiento nulo o limitado de los idiomas oficiales de un país.

#### d) Enjuiciamiento y castigo

- **No deberían imponerse tasas o costas judiciales** a las víctimas y supervivientes
- Los casos de VMG no deben remitirse obligatoriamente a ningún tipo de **procedimiento alternativo** de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación.
- **Estereotipos de género**. Los órganos judiciales deben garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de VMG sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas. La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye VMG, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para

fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención (párr. 26 c)

- **Violencia y discriminación en los servicios**. Los Estados partes también deben eliminar las prácticas institucionales y la conducta y el comportamiento de los funcionarios públicos que constituyan VMG, o que toleren dicha violencia, y que proporcionen un contexto para la falta de una respuesta o para una respuesta negligente. Esto incluye investigar de manera adecuada y sancionar la ineficiencia, la complicidad y la negligencia por parte de las autoridades públicas responsables del registro, la prevención o la investigación de esa violencia o que presten servicios a las víctimas y supervivientes. (párr. 26 b)

#### e) Reparaciones

- Proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de VMG.
- Establecer fondos específicos para reparaciones o incluir asignaciones en los presupuestos de los fondos existentes
- Reparaciones transformativas. Se deben diseñar programas de reparaciones que ayuden a abordar la discriminación subyacente que causó o contribuyó a la VMG, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales.
- Autonomía de las mujeres. En las reparaciones (también) debe darse prioridad a la capacidad de acción, los deseos, las decisiones, la seguridad, la dignidad y la integridad de las víctimas y supervivientes.

#### f) Coordinación, vigilancia y recopilación de datos

- **Participación de las organizaciones de mujeres** en la elaboración y evaluación de las leyes, políticas y programas
- Fomentar **colaboración entre el sistema de justicia y las organizaciones de la sociedad civil** que trabajan para apoyar a las víctimas y supervivientes de VMG
- **Información estadística** debe incluir al menos: el número de denuncias de todas las formas de VMG, incluida la violencia ejercida mediante el uso de las tecnologías, el número y tipo de órdenes de protección dictadas, las tasas de desestimación y retiro de denuncias, tasas de enjuiciamiento y condenas, y la duración de los procesos judiciales. El sistema debería incluir información sobre la relación entre víctima o superviviente y el/los autores, factores de discriminación múltiple y variables sociodemográficas

relevantes, las condenas impuestas a los autores y las reparaciones, en particular las indemnizaciones, concedidas a las víctimas y supervivientes.

- Realizar o apoyar **encuestas, programas de investigación y estudios** sobre la VMG, teniendo en cuenta las formas interrelacionadas de discriminación
- **Recursos humanos y financieros suficientes** para cumplir con todas las obligaciones, en todos los niveles de actuación del Estado.

### Observaciones finales del Comité CEDAW a España (2015)

En las observaciones finales al informe de España (2015), el **Comité CEDAW manifestó preocupación por el hecho de que la LO 1/2004 sólo cubre la violencia en el ámbito de la pareja y no las diversas violencias contra las mujeres por razones de género**. Por esta razón recomendaba particularmente en España:

- Que revise la actual legislación en materia de violencia contra las mujeres para incluir otras formas de VMG, como la violencia cometida por cuidadores, violencia policial y violencia en los espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas.
- Que se haga **formación obligatoria** a juezas, jueces, fiscales, policías y otras autoridades sobre la Convención, el protocolo facultativo y la aplicación estricta de las normas penales sobre violencia hacia las mujeres, y en procedimientos sensibles al género para entrevistar y tratar mujeres víctimas de violencia.
- Que se adopten **medidas adecuadas para prevenir** y abordar la violencia hacia mujeres y niñas, y se asegure de que las mujeres y niñas que son víctimas de violencia tengan acceso a medios de reparación y protección inmediatos y que los perpetradores sean juzgados y castigados adecuadamente.
- Que promueva la denuncia de los incidentes de violencia doméstica y sexual, desestigmatizar las víctimas, sensibilizando la policía y el sistema judicial y concienciando sobre la naturaleza criminal de estos actos.
- Que se ofrezca **asistencia y protección** adecuadas a las víctimas de violencia, con refugios suficientes, incluyendo las áreas rurales, y que incremente la cooperación del Estado con las organizaciones no gubernamentales que ofrecen refugio y asistencia a víctimas.
- Que recopile **información estadística** sobre las violencias doméstica y sexual, desagregada por sexo, edad, nacionalidad y relación entre víctima y perpetrador.

### 1.2.2. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)

El Convenio de Estambul, aprobado el 7 de abril de 2011<sup>29</sup>, constituye el primer instrumento de carácter vinculante en esta materia en Europa y es el tratado internacional más amplio en relación con las diversas formas de VMG.

El Convenio ha codificado las normas, la jurisprudencia y las prácticas en el ámbito estatal, dado que sus disposiciones tienen más peso y se puede garantizar una aplicación más amplia. El Convenio se basa, en particular, en el marco de las medidas de la CEDAW y la jurisprudencia desarrollada por el Comité CEDAW.

A diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio de Estambul señala expresamente en el artículo 3.f) que el término mujer incluye las niñas menores de dieciocho años.

La definición de violencia contra las mujeres del Convenio es amplia e incluye por primera vez, en el ámbito internacional, el daño económico -tal como lo hace la normativa catalana-. De esta manera es como define la violencia contra las mujeres:

todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluyendo las amenazas de realizar los actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada (artículo 3 a).

Igualmente, también define la violencia doméstica, donde se incluyen las relaciones de pareja que no implican convivencia, como:

(...) todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima (artículo 3 b).

El Convenio define explícitamente diferentes manifestaciones de la violencia por razones de género contra las mujeres que **deben ser sancionadas por los Estados como delitos**. Para efectos de este documento tienen una importancia particular:

- La violencia sexual y la violación (artículo 36).
- La asistencia o complicidad en la comisión de cualquiera de estos delitos (artículo 41).

El artículo 4.3 indica que la aplicación del Convenio deberá asegurarse sin discriminación, ya sea basada en el sexo, la raza, el origen, la edad, el estado civil, el estatus de migrante, etc. También se reconoce la particular situación de vulnerabilidad de las niñas y las adoles-

<sup>29</sup> Ratificado por el Estado español en el abril de la 2014, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014.

centes al hacer notar que en los casos en “que el delito haya sido cometido contra un menor o en su presencia” (artículo 46) se ha de agravar la penalidad de los delitos ya mencionados.

Los Estados que son partes del Convenio están obligados a **modificar la legislación, introducir medidas prácticas y proporcionar recursos suficientes** para combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. El Convenio de Estambul es también el primer tratado internacional que requiere la aplicación de una perspectiva de género en el **diseño y la evaluación de las medidas adoptadas en la implementación**. También se incluye el trabajo con el sector privado y los medios, de acuerdo al artículo 17.

También establece las **obligaciones de los Estados para avanzar hacia la eliminación de los estereotipos de género** tanto individuales como institucionales, particularmente relevantes en cuanto a la violencia contra adolescentes. Entre ellas se incluyen:

- Hacer periódicamente campañas de sensibilización (artículo 14).
- Incluir en el material educativo en todos los niveles educativos cuestiones como la igualdad entre mujeres y hombres, los papeles no estereotipados de los géneros, el respeto mutuo, la solución no violenta de conflictos en las relaciones interpersonales y la violencia contra las mujeres por razones de género (artículo 14).
- Formar/entrenar a las y los profesionales que estén en contacto con víctimas (artículo 15) para que comprendan la violencia desde una perspectiva de género (artículo 49.2), etc.

Además de medidas estructurales ya aludidas, el Convenio incluye una lista exhaustiva de obligaciones para proteger a las mujeres de la VMG, apoyar a las víctimas y perseguir criminalmente a los perpetradores. Estas obligaciones incluyen:

- La **introducción de las figuras penales ya mencionadas**, que deben ser sancionadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias (artículo 45).
- Una **respuesta inmediata** ante la violencia (artículo 50), evaluación de riesgo (artículo 51) y la gestión de este riesgo en todas las fases de la investigación.
- Establecer **órdenes urgentes de alejamiento** (artículo 52) y órdenes de protección que se dicten sin audiencia de la otra parte y con efecto inmediato, si fuera necesario (artículo 53).
- Asegurar que las víctimas dispongan de **acciones civiles** adecuadas contra el autor del delito y de

recursos civiles adecuados contra las autoridades estatales que hayan incumplido su deber de tomar medidas preventivas y de protección necesarias (artículo 29), así como de la potestad para exigir indemnización (artículo 30).

- Asegurar que las víctimas reciben **información adecuada y oportuna** (artículo 19).
- Establecer **refugios** en número necesario y con una adecuada distribución geográfica (artículo 23).
- Establecer a escala estatal **líneas telefónicas gratuitas**, accesibles las 24 horas del día, siete días por semana, a fin de proporcionar confidencialmente y, de manera anónima, poder recibir consejos relativos a todas las formas de violencia que trata el Convenio (artículo 24).
- Creación de **servicios de apoyo inmediato especializados**, a corto o largo plazo, para las víctimas, con una adecuada distribución geográfica (artículo 22), y centros de ayuda de emergencia apropiados para las víctimas de violaciones o de violencias sexuales (artículo 25).
- Establecer **medidas específicas de protección para las víctimas durante las investigaciones y procesos judiciales**, incluyendo que sean informadas del desarrollo de la investigación, su derecho a ser escuchadas ya exponer sus puntos de vista y preocupaciones, protección de su vida privada e imagen, evitar el contacto entre víctimas y perpetradores en las sedes de tribunales, cuerpos o fuerzas de seguridad, etc. (Artículo 56).
- Establecer **servicios de recuperación** para las víctimas, incluyendo servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico, asistencia financiera, servicios de alojamiento, educación, formación y asistencia en materia de búsqueda de empleo (artículo 20), etc.

Una norma importante en materia de violencias sexuales se encuentra en el artículo 54 del Convenio, ya que **se excluye -como regla general- la posibilidad de admitir pruebas relativas al comportamiento o antecedentes sexuales de las víctimas**. Así pues, se trata de una norma de importancia elemental, dado que a menudo -y por razones históricas aún no superadas totalmente- en los procesos sobre violencias sexuales se pone indebidamente el énfasis en la conducta sexual de la víctima. El artículo 54 señala:

Las Partes adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima no sean admitidas, a menos que sea pertinente y necesario.

### 1.3. El reconocimiento de las violencias sexuales al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional: las violencias sexuales en contextos de conflictos armados

La VMG, particularmente la violencia sexual, ha sido siempre parte de los conflictos armados. Sin embargo, no se ha reconocido este fenómeno como tal, y su impacto, sino hasta hace muy poco. La guerra ha sido tradicionalmente entendida como un asunto entre hombres y se ha puesto poca atención a las consecuencias del conflicto armado en las mujeres que participan o que están afectadas como no combatientes. Se ha entendido la violencia sexual en contra de las mujeres como ‘un exceso’ lamentable o una consecuencia ‘colateral’ de la guerra, producto del estereotipo del soldado que opera fuera de las normas sociales: un hombre dedicado a la violencia extrema y que se encuentra “privado de actividad sexual” por el hecho de encontrarse en guerra, rodeado de hombres.

Sin embargo, lo cierto es que la violencia sexual es usada en contra de las mujeres como táctica de guerra, no sólo para atacarlas, sino también para atacar a los hombres y la comunidad en su conjunto. Si entendemos que el sistema patriarcal encarga a los hombres la protección de las mujeres, ejercer violencia sexual en contra de mujeres en tiempo de conflicto armado es un ataque simbólico a la masculinidad del enemigo. En particular, si los hombres son encargados de velar por la “integridad” sexual de las mujeres a su cargo, la violencia sexual ejercida en contra de las parejas, madres, hijas y hermanas es un arma psicológica que busca romper el espíritu del combatiente masculino (Palacios, 2013: 313).

#### a) Los Convenios de Ginebra

La violación y otras formas de violencia sexual están prohibidas por el derecho internacional humanitario, específicamente por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Además, la práctica de los Estados ha establecido la prohibición de la violación y otras formas de violencia sexual como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

La prohibición de la violación del derecho internacional humanitario ya fue reconocida en el Código Lieber (artículo 44). Aunque el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, no menciona explícitamente la violación u otras formas de violencia sexual, prohíbe “los atentados contra la vida y la integridad corporal”, la tortura y “los atentados contra la dignidad personal”. De manera paralela, el III Convenio de Ginebra establece que los/as prisioneros/as de guerra, en cualquier circunstancia, tienen derecho al “respeto de su persona y de su honor” (artículo 14). La prohibición de los “atentados contra la dignidad personal” se reconoce también en los protocolos adicionales I y II como garantía fundamental para

las personas civiles y las personas fuera de combate. En este sentido, el artículo 75 del protocolo adicional I especifica que esta prohibición incluye, en particular, “los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de ataque indecente”, mientras que el artículo 4 del protocolo adicional II añade específicamente “violación” en esta lista.

Finalmente, el IV Convenio de Ginebra y el protocolo adicional I establecen la necesidad de proteger a las mujeres, las niñas y los niños contra la violación, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque indecente, reconocidos, por otra parte, como crímenes de guerra en virtud del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 8 de noviembre de 1994, y del Tribunal Especial para Sierra Leona, de 16 de enero de 2002. La “violación” constituye, además, un crimen de lesa humanidad en cuanto a los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. La jurisprudencia de estos tribunales permitió el avance en la comprensión y conceptualización de las violencias sexuales en contextos de conflicto armado.

#### b) Jurisprudencia del Tribunales Penales Internacionales ad hoc

En cuanto a la definición de violación, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia consideró en la sentencia del **caso Furundžija**, en 1998, que la violación requiere “la coerción o la fuerza o la amenaza de la fuerza contra la víctima o de un tercero”. Más tarde, en el **caso Kunarac**, en 2001, el Tribunal consideró que podría haber otros factores “que harían un acto de penetración sexual no consentida o no voluntaria por parte de la víctima” y que esta consideración definía el alcance exacto de la definición de violación en el derecho internacional. En esta línea, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue un paso más allá en el **caso Akayesu**. En 1998, el Tribunal sostuvo que “la violación es una forma de agresión” y que “los elementos centrales del delito de violación no pueden ser capturados en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo”. La violación, pues, fue definida como “**una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias coercitivas**”.

Después de definir de manera amplia la violación, la sentencia del caso Akayesu examina el concepto de violencia sexual. Utilizando el mismo criterio amplio, el Tribunal determina que:

688. (...) la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o ni tan siquiera contacto físico. El incidente descrito por el Testigo KK, en el que el acusado ordenó a la Interahamwe desnudar una estudiante y forzarla a hacer gimnasia desnuda en la plaza pública de las oficinas



municipales, ante una multitud, constituye violencia sexual. En este contexto, el Tribunal toma nota de que las circunstancias coercitivas no requieren ser demostradas por medio de la fuerza física. Amenazas, intimidación, chantaje y otras formas de fuerza que aprovechan el miedo o la desesperación pueden constituir coerción, y la coerción puede ser inherente en ciertas circunstancias, como el conflicto armado o la presencia militar de los Interahamwe entre mujeres refugiadas tutsis en las oficinas municipales. La violencia sexual está comprendida en el campo de “otros actos inhumanos “del Artículo 3 (i) del Estatuto del Tribunal,” ofensas a la dignidad personal “del artículo 4 (e) del Estatuto y” lesiones graves a la integridad física o mental “de la ‘Artículo 2 (2) (b) del Estatuto “.

Asimismo, la violación y la violencia sexual también pueden ser elementos constitutivos de otros delitos de derecho penal internacional. En esta línea, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el **caso Delalié** sostuvo que la violación podría constituir tortura cuando se cumplan las condiciones específicas de tortura, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el **caso Akayesu y el caso Musema** afirmó que **la violación y la violencia sexual pueden constituir genocidio cuando se cumplen las condiciones específicas de genocidio**, como que se cometan con la intención de impedir los nacimientos dentro de un grupo nacional o étnico. Concretamente, la sentencia del caso Akayesu señala:

“507. Para efectos de interpretar el artículo 2 (2) (d) del Estatuto, el Tribunal afirma que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo deben ser entendidas como mutilación sexual, esterilización, medidas de anticoncepción forzadas, separación de las personas de diferente sexo y la prohibición de matrimonios. En sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo se determina por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en el seno de un grupo es el caso en el que, durante una violación, una mujer de este grupo es deliberadamente embarazada por un hombre de otro grupo, con la intención de que dé a luz un hijo que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre.

508. Es más, el Tribunal toma conciencia de que las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida destinada a impedir los nacimientos cuando la persona violada se niega posteriormente a procrear, al igual que miembros de un grupo pueden ser llevados a no procrear debido a amenazas o traumas.”

### c) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

La normativa del derecho internacional humanitario en relación con las violencias sexuales en contextos de

conflicto armado experimentó un cambio cualitativo con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)<sup>30</sup>. En 1998, el Estatuto de Roma reconoció que la violación sexual podría constituir un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, en vez de considerarlo un simple crimen contra la dignidad de las personas, como tradicionalmente se ha establecido en el derecho internacional humanitario.

Este instrumento no sólo fue fundamental para el establecimiento de un tribunal internacional de carácter permanente para juzgar los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sino también para el reconocimiento transversal de los derechos de las mujeres, no sólo en el reconocimiento de los crímenes de violencia sexual como tales (y no como atentados a la decencia o al honor), sino también en la inclusión de disposiciones específicas en el nivel orgánico y procedimental de las diversas formas de violencia sexual y de género que investigue la CPI.

En el marco del Estatuto de Roma, cometer violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra o que represente también una violación grave del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, constituye un crimen de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales, respectivamente. Por otra parte, “la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” constituyen un crimen contra la humanidad, en virtud del Estatuto de Roma, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

El Estatuto de Roma, en el Anexo sobre elementos de los crímenes, considera como elementos del crimen de violación que:

- El autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual, anal o apertura genital de la víctima, con un objeto u otra parte del cuerpo.
- La invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esta persona u otra, o aprovechando un entorno de coacción, o que se haya cometido contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

El crimen de violencia sexual requiere que el autor haya cometido un acto de naturaleza sexual contra una o

<sup>30</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc A / CONF.183 / 9 17 julio de 1998, entró en vigor el 1 julio de 2002. Fue ratificado por el Estado español el 24 de octubre de 2000.

más personas o haga que tal persona o personas participen en un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el miedo de la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra persona o aprovechando un ambiente coercitivo o la incapacidad de tal o tales personas de dar su libre consentimiento.

Aparte de los delitos definidos en el Estatuto de Roma y sus anexos, el Estatuto de Roma y el Anexo de Reglas de Procedimiento y Prueba también recoge algunas regulaciones específicas para estos delitos con respecto a los aspectos en casos de violencias sexuales y de género.

En efecto, algunas de las Reglas de procedimiento y de prueba de la Corte Penal Internacional reflejan **buenas prácticas que han sido adoptadas en algunas jurisdicciones estatales para erradicar prejuicios y estereotipos**, principalmente estereotipos denigrantes sobre mujeres y niñas. Por ejemplo:

- El consentimiento no puede deducirse de cualquier palabra o conducta de la víctima cuando la capacidad de la víctima de dar un consentimiento voluntario y libre haya sido socavada por la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción<sup>31</sup>.
- El consentimiento no puede deducirse de las palabras o la conducta de la víctima cuando la víctima es incapaz de dar un consentimiento genuino<sup>32</sup>.
- El consentimiento no puede deducirse del hecho de que la víctima esté en silencio ante la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, o de su falta de resistencia a la violencia sexual<sup>33</sup>.

Este punto abordó el estereotipo que representa que las mujeres son sexualmente disponibles, a menos que expresen el rechazo a los avances sexuales o hasta que lo expresen.

Además, como regla general, **el Tribunal no admite el uso de pruebas sobre la historia sexual previa o ulterior de una víctima o testigo**<sup>34</sup>. Esta disposición busca erradicar la práctica extendida -en todas partes del mundo- de poner el comportamiento sexual de las víctimas en el centro de los juicios o las investigaciones sobre violencia sexual.

Por otra parte, el Estatuto de Roma también incorpora medidas en el ámbito de la estructura orgánica de la Corte, a fin de abordar adecuadamente los crímenes de violencia sexual y de género. Así, el Estatuto establece que la conformación de la Corte debe considerar un equilibrio de hombres y mujeres, tanto entre juezas y jueces, como entre el personal de la Corte en cualquier ámbito. Asimismo, asegura que debe haber especialización en materia de violencia sexual y de género entre

las juezas y los jueces de la Corte<sup>35</sup>, en la oficina de la Fiscalía<sup>36</sup> y en la Unidad de Víctimas y Testigos<sup>37</sup>.

#### d) Recomendación general n. 30 del Comité CEDAW sobre las mujeres en la prevención de los conflictos, las situaciones de conflicto y el post-conflicto (2013)

Aparte de las disposiciones propias del derecho penal internacional y derecho internacional humanitario ya mencionadas, en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres, el Comité CEDAW también ha formulado una Recomendación general relativa a las obligaciones de los Estados con relación a las mujeres en contextos de conflicto.

El Comité señaló, concretamente, que la Convención CEDAW y otros tratados internacionales de derechos humanos deben ser aplicados conjuntamente con las disposiciones del derecho internacional humanitario.

De acuerdo con el Comité, “las obligaciones contraídas en virtud de la Convención obligan a los Estados partes a centrarse en la prevención de los conflictos y de todas las formas de violencia. La prevención de los conflictos incluye los sistemas efectivos de alerta temprana para la recolección y el análisis de información de las fuentes, de la diplomacia preventiva y la mediación (...). También incluye una sólida y eficaz regulación del comercio de armas y un control adecuado sobre la circulación del tráfico ilícito y la regulación de las armas convencionales, incluyendo las armas cortas, para evitar su uso en la comisión o la facilitación de actos graves de violencia de género” (párrafo 29). En este sentido, se subraya que el papel de las mujeres es muy importante en la prevención de los conflictos, aunque a menudo son excluidas de los procesos encaminados a prevenirlos.

Ante situaciones de conflicto, el Comité recomienda que los Estados, entre otros aspectos:

- Prohíban todas las formas de VMG por parte de agentes estatales y no estatales mediante legislación, políticas y protocolos.
- Prevengan, investiguen y sancionen todas las formas de VMG, en particular la violencia sexual perpetrada por agentes estatales y no estatales, y apliquen una política de tolerancia cero.

#### • Garanticen el acceso de mujeres y niñas a la justi-

35 Artículo 36.8 (b): “Los Estados miembros también deben tener en cuenta la necesidad de incluir magistrados que sean juristas especializados en asuntos específicos, incluyendo en ello, pero no limitado sólo a ello, la violencia contra las mujeres o los niños”.

36 Artículo 42.9: “El fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en asuntos específicos, incluyendo en ello, pero no limitado sólo a ello, la violencia sexual y de género y la violencia contra los niños”.

37 Artículo 43.6: “El secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta dependencia establecerá, en consulta con la Oficina del fiscal, las medidas de protección y dispositivos de seguridad, asesoramiento y otros tipos de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y otras personas que estén en peligro por razón del testimonio prestado por estos testigos. La Dependencia tendrá personal con experiencia en traumas, incluyendo los relacionados con delitos de violencia sexual”.

31 Regla 70 (a).

32 (B) Artículo 70.

33 Regla 70 (c).

34 Artículo 70 (d).

cia; adopten los procedimientos de investigación de sensibilidad a las diferencias de género para abordar la violencia sexual basada en el género; hagan capacitaciones sobre sensibilidad a las diferencias de género y adopten códigos de conducta y protocolos para la policía, los cuerpos militares y el personal mediador en conflictos; y fomenten la capacidad de la judicatura, en particular en el contexto de los mecanismos de justicia de transición para garantizar la independencia, la imparcialidad y la integridad.

- Consulten y estandarizar los métodos de recopilación de datos sobre la incidencia y la prevalencia de la VMG, en particular, la violencia sexual en diferentes contextos y en contra de las diferentes catego-

rías de mujeres.

- Asignen los recursos necesarios y adopten las medidas eficaces para garantizar que las víctimas de la VMG, en particular la violencia sexual, tengan acceso al tratamiento médico integral, la salud mental y el apoyo psicosocial

En una línea similar, también recomienda que se incluya a las mujeres en los procesos de resolución del conflicto, en las actividades de negociación y mediación en todos los niveles. Asimismo, la RG 30 también incluye recomendaciones sobre la posición de las mujeres en situación de desplazamiento interno, apátrida, etc.

## 2. El ordenamiento jurídico español y la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencias sexuales

Los Estados están obligados a garantizar que las mujeres disfruten de los derechos que la CEDAW establece, al igual que los derechos del resto de las convenciones de la ONU y los tratados de los que el Estado es parte. Esta obligación se cumple en una variedad de formas. Una de las principales es mediante un marco normativo que garantice estos derechos de forma específica en el ordenamiento interno.

A continuación examinaremos las normas estatales, así como de las Comunidades Autónomas de Madrid, Andalucía y Cataluña que son relevantes respecto de la garantía de los derechos humanos de las mujeres que han sido víctimas de VMG, en particular, violencias sexuales.

### 2.1. Ámbito estatal:

#### a) La agravante de los delitos cometidos por razones de género y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

En los últimos años se han incorporado a la normativa penal estatal, tanto sustantiva como procesal, diversas normas e instrumentos que, poco a poco, avanzan hacia el reconocimiento de la gravedad de las VMG y los derechos que se reconocen a quienes han sufrido algunas de sus manifestaciones más graves.

En el ámbito sustantivo, la reforma del Código Penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) incorporó el **género como motivo de discriminación** en la agravante 4ª del artículo 22 (los llamados delitos de odio). Aunque la exposición de motivos de la Ley señala que esta modificación, y otros, buscan reforzar la protección de las víctimas “de violencia de género y doméstica” y, por tanto, existe el riesgo de dar una interpretación restrictiva a tal disposición, basada únicamente en el concepto de ‘violencia de género’ de la LO 1/2004.

Sin embargo, la misma exposición manifiesta la razón para la introducción de este nuevo motivo de discriminación,

(...) es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta hace sus de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente de lo que abarca la referencia al sexo.

La circunstancia agravante 4º actualmente dispone:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, el sexo, la orientación o la identidad sexual, las razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Esta agravante, sin duda, puede aplicarse casi a todas las formas de violencias machistas y, en particular, a las violencias sexuales, ya que precisamente en la comisión de estos delitos el elemento central es la construcción de género, como ya se ha señalado en el apartado conceptual.

La Ley, igualmente, incluye una modificación en la normativa sobre asesinato (artículo 140), para incluir crímenes en que “el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”. Estos casos tendrán la nueva pena de “prisión permanente revisable”. También se ha introducido una nueva circunstancia que califica el secuestro o la detención ilegal cuando se lleva a cabo con el objetivo de cometer un delito contra la libertad o indemnidad sexuales (artículo 166).

En el ámbito procedimental, un nuevo instrumento central a nivel nacional, en relación con la garantía de los derechos de las víctimas de violencias sexuales, es la Ley del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril). Esta Ley tiene por objeto “ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta tan amplia como sea posible, no sólo jurídica, sino también social, a las víctimas, y no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora otros efectos traumáticos en el ámbito moral que su condición puede generar, todo ello independientemente de la situación procesal”. La Ley del Estatuto de la víctima del delito constituye la incorporación al ordenamiento jurídico estatal de la Directiva 2012/29/ E de la Unión Europea. Aunque **la Ley es menos garantista de los derechos de las víctimas que la Directiva**, representa un avance legislativo, dado que por primera vez hay un catálogo sistematizado de derechos que las víctimas pueden invocar ante las autoridades intervinientes en el proceso judicial.

El Estatuto de la víctima del delito tiene la vocación de ser un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, si bien se remite a la normativa especial en materia de víctimas con necesidades especiales que son consideradas con una vulnerabilidad especial. Este catálogo general recoge, entre otros, el **derecho a la información, la protección y el apoyo**; el derecho a participar activamente en el proceso penal; el derecho al reconocimiento como tal de la víctima, y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

El título I reconoce una serie de **derechos extraprocesales**, también comunes a todas las víctimas, independientemente de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido, o no, ejercer algún tipo de acción, incluso con anterioridad al comienzo del proceso penal.

El título II sistematiza los derechos de la víctima con relación a la **participación en el proceso penal**, incluyendo el derecho a impugnar ante los tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que jueces/zas y tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso, y solicitar la adopción de medidas de control en relación con liberados condicionales que hayan sido condenados por hechos de los que se pueda derivar razonablemente una situación de peligro para la víctima. Asimismo, se regula la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves.

El título III aborda cuestiones relativas a la **protección y el reconocimiento** de las víctimas y las medidas de protección específicas para un cierto tipo de víctimas. Las medidas de protección específicas se adoptan teniendo en cuenta el carácter de la persona, el delito y las circunstancias, la entidad del daño y la gravedad o la vulnerabilidad de la víctima.

En este sentido, la disposición general se encuentra en el artículo 19, sobre el derecho de las víctimas a la protección:

Las autoridades y el funcionariado encargado de la investigación, la persecución y el enjuiciamiento de los delitos deben adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, la libertad, la seguridad, la libertad e indemnidad sexuales, así como proteger adecuadamente su intimidad y dignidad, particularmente cuando se reciba en declaración o deban testificar en un juicio y para evitar el riesgo de la victimización secundaria o reiterada.

Las **medidas dirigidas a evitar la victimización secundaria** parecen urgentes, ya que durante esta investigación varias personas entrevistadas expresan la grave persistencia de estas prácticas. La victimización secundaria o revictimización está constituida por la falta de comprensión del procedimiento, el poco acompañamiento de las letradas y letrados, la soledad en la que se encuentra la víctima durante el proceso, el otorgamiento de la carga de la prueba a la víctima, las largas esperas que deben sufrir las víctimas durante el procedimiento, la larga duración del procedimiento, el cuestionamiento y la desconfianza hacia el relato de la víctima y las reiteraciones de las declaraciones, las diligencias o las pruebas. La revictimización incluye acti-

tudes y prácticas que parecen dirigidas a desincentivar las denuncias de algunas víctimas.

La Ley también reconoce el **derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor** (artículo 20):

Las dependencias donde se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluyendo la fase de investigación, deben estar dispuestas de manera que se evite el contacto directo entre las víctimas y los familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, por otro, de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.

La **protección de la víctima durante la investigación penal** (artículo 21) incluye, además, que se haga declarar las víctimas el menor número de veces posible y, únicamente, cuando sea estrictamente necesario para la finalidad de la investigación penal; y también que las víctimas puedan estar acompañadas de una persona de su elección, además del representante procesal y, en su caso, de la persona representante legal, durante la práctica de las diligencias en que deba intervenir. Este derecho, sin embargo, puede ser negado cuando “motivadamente resuelva lo contrario el funcionario o la autoridad encargada de la práctica de la diligencia para garantizar su correcto desarrollo”. También los reconocimientos médicos deben ser limitados a un número mínimo.

Los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se consideran especialmente en los casos de evaluación de riesgos, a fin de determinar las necesidades de protección de las víctimas. Durante la fase de investigación, en las medidas de protección, se incluye el hecho de que las declaraciones se hagan en dependencias especialmente adaptadas, hechas por profesionales que han recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima o con el ayuda de estos profesionales; que todas las declaraciones sean tomadas por la misma persona; y que la declaración sea tomada por una persona del mismo sexo de la víctima o cuando la víctima lo solicite. Esta previsión, sin embargo, no tendrá efecto cuando “esto pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o cuando la declaración se tenga que tomar directamente un juez o fiscal “(artículo 25.1 d).

Durante la fase de enjuiciamiento, las medidas de protección incluyen (artículo 25.2):

- Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual se puede hacer uso de tecnologías de la comunicación.
- Medidas para garantizar que la víctima pueda ser escuchada sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- Medidas para evitar que se formulen preguntas re-

lativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, a menos que la jueza o el juez, o el tribunal, consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.

- Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, la jueza o el juez o la presidencia del tribunal pueden autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un interés especial en la causa.

La disposición de la medida 3 es particularmente relevante, porque aunque pretende garantizar los derechos de las víctimas a la vida privada y la intimidad, incluye una excepción sumamente peligrosa por el hecho de admitir que se pueden formular preguntas relativas a la vida privada -que incluyen, obviamente, la vida sexual- para “valorar la credibilidad” de la declaración.

Esto aleja de lo que señala el artículo 54 del Convenio de Estambul, que limita estas intervenciones, en particular las relativas a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima, únicamente a que sea “pertinente y necesario” en la investigación de los hechos.

En este sentido, la Ley del Estatuto de la víctima del delito también introdujo modificaciones en la Ley de enjuiciamiento criminal. Particularmente, el artículo 681 incluye la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada para proteger el derecho a la intimidad, el debido respeto a la víctima y prohibir la divulgación de información o imágenes de la víctima<sup>38</sup>.

La Ley del Estatuto de la víctima del delito también prevé disposiciones relativas a la formación especializada del personal de la Administración de justicia (artículo 30):

El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus com-

38 1. La jueza o el juez o el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de cualquier de las partes, previa audiencia a las mismas partes, que todos o alguno los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o sea necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otra manera, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. No obstante, la jueza/el juez o la presidencia del Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. La anterior restricción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 707, no es aplicable al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, la acusadora o acusador privado, el actor civil y las defensoras o defensor respectivos.

2. Asimismo, puede acordar la adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y los sus familiares:

- a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, que pueda facilitar la identificación de manera directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hayan sido valoradas por resolver sobre las necesidades de protección.
- b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de los sus familiares. (...)

petencias, han de asegurar una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de juezas y jueces, magistradas y magistrados, fiscales, secretarías y secretarios judiciales, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicas y médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las oficinas de asistencia a las víctimas y, en su caso, los funcionarios de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas que ejerzan funciones en esta materia. En estos cursos de formación se debe poner una atención particular a las víctimas necesitadas de una protección especial, aquellas en las que concurren factores de una vulnerabilidad especial ya las víctimas menores o con discapacidad.

Los colegios de abogadas y abogados y de procuradores y procuradores deben impulsar la formación y la sensibilización de sus colegiadas y colegiados en los principios de protección de las víctimas contenidos en la Ley.

También se incluye la obligación de los poderes públicos de “fomentar campañas de sensibilización social a favor de las víctimas y la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada a fin de preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deben ser respetados por los medios de comunicación social” (artículo 34).

Ante esta Ley, aunque representa un avance importante, hay que considerar que, en todo caso, se supedita el reconocimiento de derechos y el apoyo de la Administración a que las víctimas denuncien los delitos y se vinculen al proceso judicial. Esto, obviamente, excluye a las mujeres que no se encuentran en condición de denunciar o las que son víctimas de violencias sexuales que no son, necesariamente, constitutivas de delito. Por otra parte, también se encuentra el peligro de imponer una determinada “víctima ideal”, un rol estereotipado de vulnerabilidad, en el que no encajan las mujeres que se muestren autónomas y apoderadas, que pueden verse cuestionadas, desacreditadas y, finalmente, desprotegidas por la Administración judicial<sup>39</sup>.

En la práctica, parece que hasta ahora “la única evidencia perceptible de este cambio legal es la iniciativa de algunos juzgados de haber editado un impreso en el que se recoge un desafortunado resumen del catálogo de derechos contenidos en la Ley, que las víctimas firmarán, como prueba de cumplimiento del deber legal de informarles de todos sus derechos”<sup>40</sup>. Esta medida resulta, sin duda, sumamente insuficiente.

39 Tal como señalan las abogadas Laia Serra y Carla Vall en el artículo Nuevas herramientas legales para Proteger a las víctimas de violencia de género, de 27 de enero de 2016, disponible en <http://www.pikaramagazine.com/2016/01/herramientas-legales-victimas-de-violencia-de-genero/#sthash.2etFEXR6.dpuf>  
40 Ibidem.

## b) Disposiciones del Código Penal en materia de agresiones y abusos sexuales

El derecho penal español responde a los mismos rasgos que han caracterizado a la evolución histórica del derecho europeo en cuanto a la regulación de los delitos de carácter sexual.

Entre estas características históricas encontramos, en primer lugar, un énfasis en la honorabilidad de las víctimas (y de sus familias) y los roles estereotipados de hombres y mujeres. En este contexto, la comprobación de que la víctima realmente fuera una mujer “honorable” era parte de la investigación de los delitos sexuales, ya que era parte esencial de la definición de los mismos delitos. Tal como señala Asúa:

La tradicional regulación penal de los llamados “delitos sexuales” ha sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Sobre el hecho biológico de la diferencia sexual, se edificaron las representaciones culturales de las supuestas diferencias “naturales” de acuerdo con patrones sociales del masculino y el femenino (Asúa, 1998: 47).

Durante el siglo XX, y en particular a partir de la llamada segunda ola feminista, se han hecho fuertes críticas al modelo jurídico penal basado en “los delitos contra la honestidad” y en una cierta “moral sexual”, especialmente desde la década de 1960. En 1989 y en el Código Penal de 1995, el bien jurídico protegido pasa a ser la libertad sexual (y la indemnidad sexual, cuando se trata de personas bajo la edad de consentimiento sexual, es decir, dieciséis años), lo que representa (o debería representar) una transformación capital en los ejes interpretativos y en la comprensión de las violencias sexuales.

A partir de la modificación que cambió el bien jurídico protegido de “honestidad” por el de “libertad sexual”, también se incluyó la posibilidad de que el sujeto pasivo de los delitos que se cometan bajo este título sean hombres. Ahora bien, como señala Patricia Faraldo Cabana (2014), “la inclusión del hombre como posible víctima no significó otra cosa que una igualdad formal por medio de una norma general y abstracta como es el Código Penal, que pretende no discriminar por razón del sexo de la víctima”. Aparte de esta aparente igualdad formal que, a priori, indicaría la indistinta posibilidad de que haya víctimas tanto mujeres como hombres, todos los estudios y los análisis existentes sobre las violencias sexuales en todo el mundo confirman que en un número muy elevado de casos, o en su totalidad, la víctima es la mujer, y el agresor, el hombre.

Nuevamente se advierte como desde la legislación vislumbra una realidad ficticia. Los ofensores y las víctimas aparecen desnudos de un género concreto bajo el

objetivo de contribuir a la igualdad formal, y mujeres y hombres pueden ser sujetos pasivos o activos aleatoriamente. Invisibiliza la diferencia trascendental existente relativa a que la mayoría, o casi la totalidad, de este tipo de delitos son cometidos por hombres. Esto está demostrado por la aportación de la casuística de las sentencias dictadas en Cataluña, que se analizarán en el apartado siguiente.

Actualmente, pues, la estructura de los delitos sexuales en el Código Penal responde a dos criterios que se combinan para dar lugar a una clasificación por orden de gravedad. Por un lado, la intensidad de la imposición ante la decisión libre de la víctima, que el Código Penal distingue entre agresiones y abusos sexuales, sobre la base de la existencia o ausencia de violencia o intimidación en el delito. Por otra parte, se considera también el grado de contacto sexual, dado que se consideran más graves los casos en que hay “penetración”.

La concepción falocéntrica que otorga preponderancia a la penetración como manera de configurar la forma más grave del delito sexual se corresponde con otra época en la que el bien jurídico tutelado era la honestidad de la víctima, precisamente porque el valor de la mujer se medía en términos de “virginidad”, por lo que se castiga tan severamente la penetración como máxima expresión de agresión. Como apunta Asúa, el entrecruzamiento de ambos criterios prima “el acceso carnal” por encima de la declaración de “libertad sexual”, lo que hace un poco contradictorio el precepto de tutela al bien jurídico penal de “libertad sexual”, ya que la lesión en el ámbito de libertad de la víctima se consume desde el momento en que se le impone un acto de connotación sexual y se le obliga a tolerarlo, independientemente del grado de contacto corporal que haya. Todo esto lleva, al menos, a cuestionar la diferencia de ambos supuestos (abuso y agresión sexual) una vez que el desvalor básico de la conducta típica queda situado en la vulneración de la libertad (Asúa, 2008).

El título VIII del Código Penal recoge los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que se dividen en tres capítulos: un capítulo referido a las agresiones sexuales (artículos 178 a 180), otro se refiere a los abusos sexuales (artículo 181) y un último, añadido en 2015, referido a los abusos y las agresiones sexuales a personas menores de dieciséis años.

El Código Penal califica como agresiones sexuales al atentado contra la libertad sexual cuando se usa violencia o intimidación. El artículo 178 señala:

Quien atente contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

La Ley ha optado por una definición general amplia que admite modalidades de comisión anteriormente no susceptibles de incluir en las agresiones sexuales. De esta

manera se entiende que constituyen ataques a la libertad sexual no sólo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el hecho de obligarla a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre ella misma o sobre un tercero. En este sentido, se está de acuerdo en considerar que las conductas incluidas en el artículo 178 son aquellas que representan un ataque a la libertad “negativa”, es decir, el derecho a negarse a una actividad sexual no querida. No sería un delito de este tipo la violencia ejercida sobre otra persona para impedirle que mantenga una determinada relación sexual con otra persona. Este caso se enmarcaría en los delitos genéricos contra la libertad (coacciones, amenazas) o contra la integridad corporal (lesiones) (Asúa, 1998: 84).

En este sentido, es importante reconocer que tradicionalmente se ha exigido como elemento típico de estos delitos la concurrencia del “ánimo libidinoso” o del “móvil lúbrico” al agresor. Tal como manifiesta Asúa, este requisito debe considerarse, hoy, como un elemento superfluo y distorsionador. “Lo que importa es que se trate de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, independientemente de que el autor se excite ‘sexualmente’ o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejear la víctima” (Asúa, 1998: 84) o que esté motivado por ánimo de venganza o menosprecio. De este modo, el eje se encuentra en la voluntad de utilizar sexualmente a la víctima sin su consentimiento.

La violación es una forma agravada de agresión sexual y está prevista en el artículo 179:

Quando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como grave de violación con la pena de prisión de seis a doce años.

El artículo 180 introduce una serie de circunstancias agravantes<sup>41</sup>:

- 1a. Cuando la violencia o intimidación ejercidas carácter particularmente degradante o vejatorio.
- 2a. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- 3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.
- 4a. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

<sup>41</sup> En estos casos, las penas de prisión serán de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179. Si concurren dos de estas circunstancias o más, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

5ª. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o las lesiones causadas.

Quando los atentados contra la libertad sexual se produzcan sin violencia o intimidación, el acto se considera un abuso sexual, de acuerdo con el artículo 181.1:

Quien realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, sin violencia o intimidación y sin el consentimiento de esa otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinte y cuatro meses.

Quando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, tendrá una pena agravada de acuerdo con el artículo 182.4<sup>42</sup>.

También se consideran abusos sexuales los que se cometan contra personas que se encuentran privadas de sentido o sufran un trastorno mental. En este sentido, hay que señalar que los supuestos conocidos en el derecho comparado como violación por incapacidad (in-capacitated rape) en el derecho penal español -a partir de la LO 5 / 2010- constituyen sólo un delito de abuso sexual y no de agresión sexual, de acuerdo con el artículo 181.2:

A efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o sufran un trastorno mental y de las que se abuse, y los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

También se consideran abusos sexuales si el consentimiento se obtiene cuando el responsable se prevalece de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (artículo 181.3). Esta figura corresponde a la antigua figura del estupro, y se incluyen situaciones en que el agresor no necesita acudir a la intimidación para que puede utilizar otros tipos de presiones para conseguir que la víctima acceda a soportar o realizar los actos que le propone. Se trata pues, del apremio de la libertad de decisión, abusando de una posición de dominio (Asúa, 1998).

El artículo 182 se aplica a personas menores de dieciocho años. Este artículo analiza en el apartado dedicado a niñas y adolescentes en el capítulo 3 de este documento.

Un último aspecto, no menos relevante en relación con

<sup>42</sup> La pena en estos casos es de cuatro a diez años de prisión.



la legislación estatal, es el relativo al ejercicio de la acción penal. De acuerdo con el artículo 191 del CP:

Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, hay una denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, basta con la denuncia del Ministerio Fiscal.

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

Así, pues, los delitos de agresiones, acosos y abusos sexuales pertenecen al grupo de los denominados delitos semipúblicos, en el que la puesta en marcha del procedimiento constituye una decisión de la persona ofendida, pero, una vez producida, se puede afirmar que la continuación del proceso queda sustraída de la voluntad de la víctima (Libano, 2011: 42).

## 2.2. Normativa autonómica

### a) Comunidad Autónoma de Madrid

La legislación de las diversas comunidades autónomas (CC.AA.) en torno a las VMG se ha desarrollado sobre todo a partir de la Ley Orgánica 1/2004 a nivel estatal. Sin embargo, mientras la legislación estatal está dedicada únicamente a la violencia contra las mujeres ejercida por sus parejas o exparejas heterosexuales (a la que la LO 1/2004 denomina 'violencia de género'), las CC.AA. han adoptado definiciones más amplias y diversas entre sí, de manera que puede sostenerse que, actualmente, hay tantas definiciones de violencia de género como CC.AA. que la definen, y en todo caso, ninguna de las leyes autonómicas hace referencia a que la 'violencia de género' esté vinculada a una relación afectiva entre un hombre y una mujer.

En el caso de Madrid, la *Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid* fue adoptada apenas un año después de la LO 1/2004. En su preámbulo afirma que la violencia de género es un problema estructural y por tanto debe ser tratado desde un enfoque multidisciplinar con el fin de erradicarla de nuestra sociedad. Señala que se debe prevenir y combatir la violencia de género en todas sus formas y manifestaciones y sin circunscribirse al ámbito de la violencia doméstica.

La ley está compuesta de un Título Preliminar y dos títulos dedicados a las medidas contra la violencia de género, el primero, y a la organización administrativa y tutela institucional, el segundo.

En el Título Preliminar, y como señala el Artículo 2.1, respecto del ámbito de aplicación de la ley, "quedarán

incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley todas las manifestaciones de Violencia de Género, ejercidas sobre la mujer, como expresión de la discriminación, la situación histórica de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres."

La violencia de género queda definida en el art. 2.2 como **"toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual, o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad."** Además, se considera equivalente a la Violencia de Género "la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquélla".

También se incluyen en el ámbito de aplicación de esta Ley, "las conductas que tengan por objeto mantener a la mujer en la sumisión, ya sea forzando su voluntad y su consentimiento o impidiendo el ejercicio de su legítima libertad de decisión en cualquier ámbito de su vida personal."

El Art. 2.3. señala las conductas que se entienden incluidas en el ámbito de aplicación de la ley, dejando en claro que ellas se deben entender **"en la forma en que quedan definidas en el Código Penal"**. Ellas incluyen:

- a) Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aún sin convivencia. En el caso de mujeres con discapacidad, también las agresiones físicas o psíquicas ejercidas por hombres de su entorno familiar o institucional, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.
- b) Las agresiones y abusos sexuales contra la mujer.
- c) La mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones.
- d) La inducción a una mujer a ejercer la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño, o con abuso de la situación de inferioridad, de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
- e) El acoso sexual en el ámbito laboral.
- f) Las detenciones ilegales, amenazas y coacciones.
- g) El tráfico o el favorecimiento de la inmigración clandestina de mujeres con fines de explotación sexual.

Es decir, la ley madrileña **incluye dentro del concepto de violencia de género las violencias sexuales**, sin exigir que quien las cometa tenga o haya tenido una relación de ningún tipo con la mujer. Sin embargo, la ley limita su aplicación a las conductas susceptibles de sanción penal.

Por otro lado, la ley no reconoce a las víctimas de cualquiera de las formas de violencia del Art. 2.3 los mismos derechos, ya que, por ejemplo, de acuerdo al Art. 16, **únicamente tienen derecho a acceder a Centros de Emergencia y Centros de Acogida “las víctimas de Violencia de Género a las que se hace referencia en el artículo 2.3.a) de esta Ley”**, es decir, las que son agredidas en el contexto de sus relaciones de pareja heterosexuales. De la misma manera, en relación al régimen de ayudas económicas, el **Fondo económico de Emergencia** que establece la ley en su Art. 18, únicamente busca atender “las necesidades inmediatas de las víctimas de Violencia de Género a que hace referencia el apartado 3.a) del artículo 2 de esta Ley”.

El Título I, de Medidas frente a la Violencia de Género está conformado por 3 capítulos. El primero, de Medidas de sensibilización frente a la Violencia de Género, está dedicado a la sensibilización, la eliminación de los prejuicios basados en el género (estereotipos de género) con el fin de erradicar pautas de conducta sexista que propician este tipo de violencia. Son medidas en el ámbito publicitario y de los medios de comunicación (artículos 3 al 5).

El Capítulo II (artículos 6-13) de Medidas de prevención frente a la Violencia de Género, establece medidas en los ámbitos educativo, sanitario y de servicios sociales, prestando especial atención a la formación de profesionales que desempeñen sus funciones en estos servicios. Se fomentan también medidas de detección y prevención en los centros de trabajo. Se incluyen los programas de investigación y análisis de las causas que motivan la violencia. Y se encomienda la promoción de convenios con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con el fin de asegurar la mayor coordinación en las labores de detección y prevención que éstos llevan a cabo.

Por último el Capítulo III (artículos 14-31) de Medidas de asistencia integral y protección a las víctimas de Violencia de Género, se dedica a desarrollar un amplio elenco de medidas de atención, asistencia y protección de las víctimas. Se incluyen todas las medidas dirigidas a:

- a) Informar y orientar a las víctimas sobre sus derechos y los recursos existentes.
- b) Atender la salud física y mental de las víctimas impulsando la recuperación de las secuelas de la violencia.
- c) Atender las especiales necesidades económicas, laborales, jurídicas, educativas, culturales y sociales de las víctimas derivadas de la situación de violencia.
- d) Atender las necesidades de acogimiento temporal garantizando la manutención, alojamiento, accesibilidad y seguridad de las mismas en los casos en los que proceda.
- e) Proporcionar seguridad a la víctima a través de los medios técnicos posibles.

Dentro de estas medidas se incluyen, en el Artículo 27, **medidas especiales de atención a mujeres víctimas de agresiones sexuales:**

“La Comunidad de Madrid, a través del órgano competente en materia de mujer, dispondrá de recursos especializados en la atención a mujeres víctimas de agresiones sexuales a través de una intervención integral en la recuperación psicosocial y en el apoyo jurídico de las mismas.”

Cabe destacar, sin embargo, ya que la propia ley señala que sus conceptos se deben interpretar de acuerdo al Código Penal, **esta provisión no incluiría a las mujeres que han sufrido abusos o acosos sexuales**, u otras formas de violencia sexual no constitutivas de agresiones sexuales.

Es necesario aportar un **título habilitante** para obtener la aplicación de algunas de las medidas y ser reconocida como víctima de violencia de género. De acuerdo a la modificación de la Ley en junio de 2018<sup>43</sup>, para ello se distingue los casos en que se haya o no presentado denuncia por los hechos:

“Con carácter ordinario se tendrá acceso al **título habilitante que acreditará la condición de víctima de violencia de género** y dará lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley:

1. En caso de que se haya presentado denuncia:
  - a) Sentencia condenatoria por violencia de género, aunque no sea firme.
  - b) Resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género.
  - c) Orden de protección o medida cautelar vigente, a favor de la víctima de violencia de género.
  - d) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la persona solicitante es víctima de la violencia de género.
  - e) Atestado elaborado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia de género.
2. En caso de que no se haya presentado denuncia:
  - a) Resolución administrativa por acoso sexual o acoso por razón del sexo.
  - b) Informe técnico acreditativo de la condición de víctima de violencia de género elaborado por los servicios sociales y redes de la Administración pública autonómica y local y los servicios municipales de atención integral a mujeres víctimas de la violencia de género.

<sup>43</sup> En vigor desde el 18 de julio de 2018, de acuerdo a la Ley 3/2018, de 22 de junio, de modificación de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 28 de junio de 2018).

El informe técnico y la resolución administrativa serán vinculantes para la Dirección General de la Mujer, que los tendrá que validar y supondrá acceso inmediato al título habilitante.

c) Los informes técnicos motivados, que se eleven a la Dirección General de la Mujer, por el personal de la Administración pública que desempeñe su trabajo como profesional sanitario, educativo, de salud mental, o cualquier otro que se establezca reglamentariamente, en los que se proponga que se conceda a la mujer la condición de víctima de violencia de género.

La Dirección General de la Mujer, en el plazo máximo de un mes, deberá valorar si estos informes técnicos acreditan la condición de víctima de violencia de género y el acceso al título habilitante.”

De acuerdo al Artículo 15, la intervención especializada con las víctimas de Violencia de Género, se regirá por los siguientes **principios de actuación**:

“a) **Asistencia integral.** La atención a mujeres víctimas de Violencia de Género y de las personas que dependan de ella se realizará para dar cobertura a las diferentes necesidades derivadas de la situación de violencia. Se entenderán incluidos en esta cobertura la atención sanitaria, la atención social y laboral, la orientación jurídica, el acogimiento y la seguridad.

b) **Efectividad.** Se adoptarán las medidas necesarias para que tengan garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos las víctimas cuyas circunstancias personales y sociales supongan una mayor dificultad para el acceso integral a la asistencia y en especial, las mujeres inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, o mujeres con discapacidad.

c) **Perspectiva de género.** Teniendo en cuenta que la Violencia de Género tiene su origen en la desigualdad entre hombres y mujeres, la atención a las víctimas se realizará desde la consideración de las causas estructurales del problema, así como de las especiales circunstancias en las que aquéllas se encuentran.

d) **Integración.** Se promoverán las acciones necesarias para la integración familiar, social, laboral, cultural y económica de las mujeres víctimas de violencia de género, respetando su identidad cultural y su dignidad personal.”

Cabe destacar que, lamentablemente, y a diferencia de lo que señalan, por ejemplo, la Recomendación General No. 35 del Comité CEDAW, **no se contempla como un principio de actuación el respeto a la autonomía** de las mujeres víctimas.

Finalmente, el Título II, dedicado a la Organización administrativa y tutela institucional, tiene un Capítulo I

dedicado a los Principios y coordinación, en donde se incluyen los principios que habrán de regir la actuación de la Comunidad de Madrid en el ámbito de aplicación de la Ley, dentro de los cuales se destaca la coordinación de todos los centros y servicios, la descentralización y desconcentración en la gestión de los mismos, la homogeneidad de las prestaciones y la cooperación con las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El Capítulo II, referido a la tutela institucional, se establece el Observatorio Regional de la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid como el órgano integrador de las políticas contra la Violencia de Género que se lleven a cabo en el ámbito de la Administración Regional, la Dirección General encargada de desarrollar las medidas y actuaciones previstas en la Ley y en su normativa de desarrollo, así como el Sistema autonómico de asistencia a las víctimas de Violencia de Género.

En cuanto a la valoración de la aplicación de la ley, la Plataforma “Generando Red contra las violencias machistas” elaboró un *Informe sombra sobre la Ley de violencia de género de la Comunidad de Madrid (2005-2015)*<sup>44</sup>, en el cual se detallan diversas preocupaciones respecto del cumplimiento insuficiente de la Ley. En tal informe se consideran 3 aspectos críticos:

- La política de recortes impuesta por el Gobierno como respuesta a la crisis ha atacado especialmente a la educación, la sanidad y la intervención social. Estos tres ejes son cruciales porque afectan no sólo a la atención y protección de las mujeres, sino también a la prevención de la violencia. Se constata que las políticas de prevención se han dejado de lado sin tener en cuenta que es en las actuaciones preventivas donde el trabajo para erradicar la violencia es más efectivo y necesario.
- Los contextos de crisis contribuyen a aumentar los niveles de violencia al tiempo que el proceso de feminización de la pobreza se agudiza, estos dos factores se combinan incrementando las situaciones de vulnerabilidad y su grado. Si a ello añadimos una política salvaje de recortes, nos encontramos ante un mayor riesgo para las mujeres de sufrir violencia y una peor respuesta de las administraciones públicas.
- Una consecuencia más de la política de recortes en la Comunidad de Madrid es la precariedad laboral de las profesionales que trabajan en los recursos. Se constata que existe disparidad de condiciones en función de si la contratación es pública o privada. Las condiciones laborales precarias provocan alta rotación de personal, dificultades para poder seleccionar a las mejores candidatas y riesgos laborales, todo lo cual, a pesar de la implicación y la motivación de las profesionales, tiene un efecto negativo

<sup>44</sup> Disponible en [http://feminicidio.net/sites/default/files/informe\\_sombra\\_violencia\\_madrid\\_170416.pdf](http://feminicidio.net/sites/default/files/informe_sombra_violencia_madrid_170416.pdf)

en la atención que reciben las mujeres. (Plataforma Generando Red contra las violencias machistas, 2015, p. 4)

## b) Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de Andalucía ha sido objeto de importantes modificaciones mediante la ley 7/2018 de 30 de julio, dentro de las cuales se incluye la ampliación del concepto de víctima de violencia de género. En efecto, la ley incorporó un art. 1 bis, en que señala:

Artículo 1 bis. Concepto de víctima de violencia de género.

A efectos de la presente Ley, se considerarán víctimas de violencia de género y tendrán reconocidos los derechos de esta norma sin necesidad de interposición de denuncia, tanto si se trata de violencia física, violencia psicológica, violencia sexual o violencia económica:

- a) La mujer que, por el hecho de serlo, independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, sufra un daño o perjuicio sobre su persona. A estos efectos, el término «mujer» incluye a las menores de edad que puedan sufrir violencia de género.
- b) Las hijas e hijos que sufran la violencia a la que está sometida su madre.
- c) Las personas menores de edad, las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento.
- d) Las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados.

El objeto de la Ley proclamado en su artículo 1.1, es actuar “contra la violencia que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres, se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley.

La ley también busca “la adopción de medidas para la erradicación de la violencia de género mediante actuaciones de prevención y de protección integral a las víctimas, así como de sensibilización, educativas, formativas, de detección, atención y recuperación y todas las que resulten necesarias”.

De acuerdo a su artículo 2, su ámbito de aplicación se extiende de forma global a:

- Las actuaciones de los poderes públicos.
- Las Entidades que integran la Administración Local, sus organismos autónomos consorcios, fundaciones y demás entidades.
- La Administración de la Junta, sus organismos Autónomos, empresas de la Junta.
- Las personas físicas y jurídicas públicas o privadas

La modificación de 2018 señala expresamente que “tienen garantizados los derechos que la presente Ley reconoce todas las víctimas de violencia de género que se encuentren en el territorio andaluz, con independencia de la vecindad civil, nacionalidad o situación administrativa y personal”.

La definición de violencia de género se encuentra en el art. 3, también modificado en 2018, en los siguientes términos:

Artículo 3. Concepto, tipología y manifestaciones de violencia de género.

1. A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley.

2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en el género que implique o pueda implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica. Comprende, asimismo, las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.

En este sentido, la definición de la ley se ajusta a las definiciones internacionales de violencia contra las mujeres por razones de género. Además, el art. 3.3 se refiere a la tipología de esta violencia, en que se incluye la violencia física, psicológica, sexual y económica.

Cabe destacar que la definición de violencia sexual contenida en la letra c) del art. 3.3 también ha sido objeto de modificación a partir de la Ley 7/2018, que actualmente establece:

c) Violencia sexual, que incluye cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por la mujer, abarcando la imposición del mismo mediante fuerza, intimidación o sumisión química, así como el abuso sexual, con independencia de la relación que el agresor guarde con la víctima.

Es interesante destacar que la versión previa establecía

que se trataba de actos de naturaleza sexual “forzada por el agresor o no consentida por la mujer”, eliminándose en 2018 la referencia a que sea “forzada por el agresor” y manteniéndose únicamente que sea un acto no consentido por la mujer, con lo cual la legislación se ajusta a los mandatos internacionales que obligan a poner la falta de consentimiento como elemento central de la violencia sexual.

Cabe destacar que la nueva regulación legal también introduce el concepto de feminicidio en la legislación andaluza, incluyendo en particular el feminicidio sexual, en los siguientes términos:

Art. 4.4 b) El feminicidio, entendido como los homicidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluirán los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendiéndose por tales el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata.

Se definen en la misma disposición, entre otras manifestaciones de la violencia de género, las agresiones y los abusos sexuales, así como el acoso sexual:

c) Las agresiones y abusos sexuales realizados por hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan.

d) El acoso sexual, entendiéndose por tal los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

Otras manifestaciones contempladas en el art. 4.4 también pueden tener el carácter de violencia sexual, como la violencia en la pareja o expareja, la violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la trata y la explotación sexual de mujeres y niñas, el matrimonio precoz o forzado, violencia derivada de conflictos armados, etc.

En el art. 4 se contemplan los principios por los que se tendrán que regir los poderes públicos en la aplicación de esta ley. Dentro de estos principios rectores se encuentra, en el art. 4 letra c) que se deben “adoptar **medidas que garanticen los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género**, de acuerdo con los principios de universalidad, accesibilidad, proximidad, confidencialidad de las actuaciones, protección de los datos personales, tutela y acompañamiento en los trá-

mites procedimentales y **respeto a su capacidad de decisión.**” Este es un aspecto que merece ser destacado, sobre todo considerando la ausencia de una referencia similar en el caso de la legislación de Madrid.

En el Título I se dedica a la investigación, sensibilización y prevención. El Capítulo I aborda la investigación, sensibilización y prevención. En este capítulo la reforma de 2018 introdujo el art. 7 bis, que crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, en los siguientes términos:

1. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género es un órgano colegiado, de composición interdepartamental, con participación administrativa y social y funciones asesoras y de evaluación de las políticas y medidas tomadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en la presente Ley, procediendo a su análisis y difusión.

2. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, en colaboración con la Unidad Estadística y Cartográfica de las Consejerías competentes en materia de igualdad y de violencia de género, definirá los indicadores necesarios para el análisis de la violencia de género, así como las fuentes de información de referencia y la metodología de cálculo de los mismos. En la definición de estos indicadores se tendrá en cuenta la información estadística y cartográfica generada por el Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía

El Capítulo II se dedica a la sensibilización, incluyendo la elaboración periódica del plan integral dirigido a la sensibilización y prevención de la violencia de género, el apoyo al movimiento asociativo de mujeres, actividades culturales, artísticas y deportivas, y programas dirigidos a hombres para la erradicación de la violencia de género.

El capítulo III contempla medidas en el ámbito educativo, tanto a nivel de currículo, consejos escolares, detección y atención de la violencia de género, inspección educativa y enseñanza universitaria. El capítulo IV, en tanto, se refiere a las medidas en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación dirigidas a la promoción de una imagen no discriminatoria de las mujeres, una publicidad no sexista y especial atención al tratamiento de la violencia de género, en los medios de comunicación públicos y privados de Andalucía.

Finalmente, en el capítulo V se contemplan medidas para la formación y especialización de profesionales, incluyéndose en primer lugar las y los profesionales y personal de la Administración de la Junta de Andalucía. Se contempla formación tanto para el personal en general, como para el “personal responsable de la atención a las víctimas de dicha violencia, al que preste atención a los agresores, así como al que pudiera formar parte de las comisiones de investigación y tratamiento de acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

En estos casos, de acuerdo al art. 20.1 párr. 2, “se le impartirá formación permanente y especializada, con carácter obligatorio, debiendo acreditar una formación especializada en esta materia”.

El art. 20.3 se refiere a la promoción de la formación en los colegios profesionales, en particular en el ámbito social, jurídico y sanitario, destacándose que la Administración “asimismo velará para que la misma sea eficaz, impartida por personas y colectivos formados en la materia, que por su trayectoria y capacitación garanticen la transmisión de dichos valores”. En cuanto al contenido y duración, el art. 20.5 señala que “los programas formativos en materia de violencia de género tendrán un contenido y duración que permita adquirir los conocimientos necesarios no solo del marco normativo, sino de las especiales circunstancias en las que la violencia de género se genera, las relaciones y reacciones de la víctima y agresor en cada uno de los ciclos de la violencia y las consecuencias para los hijos e hijas”.

En relación a la formación en el ámbito judicial, el art. 21 señala:

1. La Administración de la Junta de Andalucía fomentará la colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado. En el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, secretarios judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y médicos forenses.

2. Asimismo se promoverá la formación específica necesaria para las personas profesionales del ámbito jurídico, que tengan relación con el objeto de la presente Ley.

También se incluyen disposiciones específicas sobre formación en el ámbito educativo, en el ámbito de la seguridad, a profesionales de la salud y de los medios de comunicación. En el ámbito sanitario se destaca que “los planes y programas de salud deberán incluir la formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, para abordar de forma adecuada la detección precoz, la atención a la violencia de género en sus múltiples manifestaciones y sus efectos en la salud de las mujeres, la rehabilitación de éstas, y la atención a los grupos de mujeres con especiales dificultades. Dicha formación se dirigirá prioritariamente a los servicios de atención primaria y de atención especializada con mayor relevancia para la salud de las mujeres” (art. 24).

La reforma de 2018 ha incluido además disposiciones específicas relativas a la “formación en el ámbito de los servicios sociales y de otros profesionales” (art. 25 bis) y a la “formación de calidad” (art. 25 ter), señalando al respecto que “los poderes públicos promoverán y velarán a fin de garantizar la calidad en la formación, que

deberá ser impartida por personas y colectivos expertos y con acreditado conocimiento en género e igualdad que por su trayectoria y capacitación garanticen la incorporación de la perspectiva de género”.

En el Título II se establecen las medidas de protección y atención a las víctimas. Dentro de éstas se establecen los derechos de víctimas de violencia de género, dentro de los cuales se incluyen:

- derecho a la información.
- derecho a la atención especializada, incluyendo: a) La atención social integral, b) La acogida en los centros especializados dependientes de la Junta de Andalucía, c) La asistencia sanitaria y psicológica especializada, y d) La asistencia jurídica especializada. Estos derechos se reconocen a todas las víctimas a las que se refiere el art. 1 bis.
- derecho a la intimidad y privacidad
- derecho a escolarización inmediata de hijos/as menores de edad, en caso de cambio de domicilio a causa de violencia de género.

La reforma de la ley vigente a partir de agosto de 2018, ha alterado la forma de **acreditación de la situación de violencia de género** prevista en su art. 30, quedando actualmente prevista de la siguiente manera:

1. En los supuestos en que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la presente Ley y de aquellos que se deriven de su desarrollo reglamentario, esta acreditación se realizará, según lo establecido para cada caso, a través de los siguientes medios:

- a) Certificación o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración Pública competente.
- b) Certificación o informe de servicios de atención a víctimas de la Administración Pública competente.
- c) Certificación o informe de los servicios de acogida de la Administración Pública competente.
- d) Informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral.
- e) Resoluciones judiciales por violencia de género: documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares o sentencia condenatoria por violencia de género.
- f) Informe del Ministerio Fiscal de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de violencia de género.

g) Atestado de la autoridad policial que acredite la existencia de indicios razonables sobre la condición de víctima.

h) Cualquier otro que venga establecido por norma de rango legal.

2. Reglamentariamente se determinará el procedimiento a seguir por los profesionales para hacer efectivo lo establecido en el apartado anterior.

Previo a la reforma de 2018, la ley asumía como regla general para acceder a los derechos reconocidos en la ley, que se contara con una denuncia y, por tanto, un proceso judicial iniciado, y que sólo excepcionalmente se podía acceder a tales derechos y siempre a la espera de una resolución judicial. La actual redacción del art. 30, por en cambio, permite la protección de la ley a todas las **mujeres que no han denunciado** ante el sistema de justicia la violencia que han sufrido, y es, sin duda, una de las falencias más graves de la ley, especialmente si se considera que, de acuerdo a la Encuesta de la Fundamental Rights Agency (FRA) de 2014, en los países europeos sólo la tercera parte de las víctimas de violencia en la pareja (33 %) y la cuarta parte de las víctimas de violencia fuera de la pareja (26 %) recurrieron a la policía o a algún otro servicio, como una organización de apoyo a las víctimas de estos delitos, después del incidente más grave.

La ley continúa detallando en el Cap. II del Título II las medidas en el ámbito de la seguridad, donde se incluye la elaboración de planes de seguridad personal para las víctimas (art. 32). Mediante el art. 32 bis, introducido por la reforma de 2018, se establece el “Plan integral personal de carácter social” para garantizar la protección social de las víctimas de violencia de género.

El capítulo III se refiere a las medidas en el ámbito sanitario, para la detección precoz, atención y seguimiento en el ámbito de la salud, el art. 33.3 de la ley señala que el Gobierno andaluz “garantizará la aplicación de un protocolo de atención y asistencia de todas las manifestaciones de la violencia de género, en los diferentes niveles y servicios” y que tal protocolo “debe contener un **tratamiento específico para las mujeres que han sufrido una agresión sexual**”.

El capítulo IV se refiere a la atención jurídica especializada, integral e inmediata. La asistencia letrada se describe en el art. 35.1:

La Administración de la Junta de Andalucía garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género el derecho a la orientación jurídica, y a la defensa y asistencia legal, que se asumirán por una misma dirección letrada especializada y una misma representación procesal, desde el momento en que se requiera, y abarcará todos los procesos y procedimientos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género hasta su finalización, incluida la

ejecución de la sentencia. Este mismo derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la mujer, de acuerdo con la legislación vigente y desarrollo reglamentario.

Aquí también se incluyen algunas de las principales novedades a partir de la reforma de 2018, al garantizar también la **asesoría jurídica especializada y previa a la denuncia**, de acuerdo al art. 35 bis, relativo a la Atención integral:

1. Se garantizará a todas las mujeres en situación de violencia de género, con independencia de que hayan iniciado procedimiento judicial o no, el asesoramiento y acompañamiento por parte de profesionales con la debida especialización y formación acreditada.

2. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

3. Se garantizará durante el proceso judicial el asesoramiento y acompañamiento a las víctimas de violencia de género por profesionales con la debida formación y especialización acreditada.

4. Se reconoce para las víctimas que sufran alguna de las formas de violencias previstas en esta Ley el derecho a la asistencia psicológica por profesionales con formación en violencia de género, que comprenderá la atención inicial y el seguimiento durante todo el proceso terapéutico de recuperación.

5. En los casos de renuncia a la denuncia o a continuar en el proceso judicial, se establecerán los cauces oportunos para la derivación de las víctimas de violencia de género a los servicios especializados en violencia contra las mujeres o en atención a las víctimas.

6. En relación con el acompañamiento contemplado en el apartado 1 de este artículo, la Administración andaluza dispondrá de un protocolo de acompañamiento a víctimas con carácter previo a la interposición de la denuncia y durante el procedimiento, que incluya la colaboración con las organizaciones sociales dedicadas a la lucha contra la violencia de género y el apoyo de otras mujeres supervivientes de la violencia de género.

Respecto de los juzgados de Violencia contra la Mujer, la ley señala que se tomarán todas las medidas necesarias “para que en todos los juzgados especializados en violencia de género y en los juzgados mixtos que tengan asumidas estas competencias existan instalaciones que eviten el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el denunciado o investigado, de otra” (art. 36.2).

La ley también prevé la creación de **unidades de valoración integral de la violencia de género**, que a partir de la reforma de 2018 han ampliado sus funciones, quedando establecidas de la siguiente manera:

Artículo 37 Unidades de valoración integral de la violencia de género

1. La Consejería que ostente las competencias en materia de Administración de Justicia organizará, a través de sus Institutos de Medicina Legal, las unidades de valoración integral de violencia de género encargadas de realizar:

a) La valoración integral de los efectos de la violencia física, psíquica y sexual en las mujeres víctimas de violencia de género.

b) La valoración de los efectos de la exposición a la violencia y de las agresiones sufridas por los hijos y las hijas y menores a su cargo.

c) La valoración de la incidencia, la peligrosidad objetiva y el riesgo de reincidencia del agresor.

d) La valoración relativa a los procedimientos civiles que afecten a las víctimas de violencia de género contemplados en la normativa.

2. La unidad de valoración integral de violencia de género estará integrada por personal de la Medicina Forense, de la Psicología y del Trabajo Social, quienes desarrollarán las funciones que les sean propias bajo la dirección de la persona encargada de la coordinación de la unidad.

En el capítulo V, se trata de la atención social, donde se incluyen la información y el asesoramiento, así como disposiciones específicas para hacerlos accesible a todas las mujeres, incluyendo también disposiciones respecto de las obligaciones de los municipios respecto a los servicios que se deben ofrecer en casos de violencia de género. La reforma de 2018 ha introducido, además, el art. 41 bis, relativo a los Centros Municipales de Información a la Mujer, que deben actuar “en coordinación con los organismos con competencia a nivel autonómico en materia de igualdad, violencia de género, administración de justicia, seguridad, educación, salud, servicios sociales y empleo, con la finalidad de homogeneizar en Andalucía el tratamiento y atención a las citadas víctimas, con total respeto a la autonomía local, a cuyos efectos se facilitará la integración de los sistemas de información en el tratamiento de la violencia de género de las Administraciones competentes por razón de la materia, y contarán con protocolos específicos de coordinación e intervención”.

El capítulo VI se refiere a la Atención integral y acogida, donde se señala de manera expresa, en el art. 42.2 que **“el acceso a los recursos y servicios de información y de acogida inmediata no requerirá la acreditación**

**prevista en el apartado 1 del artículo 30”**. Tales servicios incluyen la información, asesoramiento jurídico y apoyo psicológico necesario.

La ley también describe las características de la atención integral, que debe ser especializada, multidisciplinar y accesible; así como las características de los centros de atención integral y acogida, así como su tipología. Se señala expresamente al art. 43.7 que “estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los cuerpos de seguridad, los jueces de violencia sobre la mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente”. Asimismo, se señala que “estos servicios podrán solicitar al juez las medidas urgentes que se consideren necesarias”. También se incluyen disposiciones para la atención a colectivos especialmente vulnerables, que serán analizadas en mayor profundidad en el capítulo 3 de este documento.

En el Título III, dedicado a las medidas para la recuperación integral incluye las ayudas socioeconómicas, acceso a viviendas protegidas y medidas de formación, promoción del empleo, trabajo autónomo y concienciación en el ámbito laboral.

Finalmente, en el Título IV se establecen las acciones de coordinación y cooperación institucional. La reforma de 2018 ha introducido un art 57 bis, en que se garantiza un sistema de “ventanilla única para atención a las víctimas de la violencia de género” para “garantizar la cooperación, la coordinación interinstitucional y el trabajo en red, facilitando la interconexión de los sistemas de atención, protección y seguridad”.

También se ha establecido en el art. 57 ter el “punto de coordinación de las órdenes de protección”, a través del cual “se articulará una actuación ordenada de los servicios asistenciales y de apoyo a las víctimas de violencia de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con la finalidad de ofrecerles una atención personalizada y el seguimiento de su situación”.

La ley también estableció la Comisión institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, con el objeto de coordinar, impulsar y evaluar las acciones y medidas que se desarrollen en Andalucía contra la violencia de género. La Comisión está coordinada por el Instituto Andaluz de la Mujer y se compone por miembros de todas las Consejerías del Consejo de Gobierno, representantes de las entidades locales y de asociaciones de mujeres.

### c) Comunidad Autónoma de Cataluña

La Ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Ley 5/2008, de 24 de abril) cubre aspectos sustanciales y procesales, poniendo énfasis en las medidas que deben adoptar los diversos servicios



ante esta violencia y sus diversas manifestaciones, así como en relación con los derechos específicos que se reconocen a las mujeres en este ámbito. Hay que hacer notar que el artículo 2.2 de esta ley establece que “las referencias a las mujeres incluidas en esta ley se entienden que incluyen también las niñas y las adolescentes, a menos que se indique lo contrario”.<sup>45</sup>

Esta Ley se estructura en cuatro títulos: el primero, dedicado a las disposiciones generales de la Ley; el segundo, la prevención, la detección y la erradicación de la violencia machista; el tercero, a los derechos de las mujeres en situaciones de violencia machista a la prevención, la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral; y el cuarto, a las competencias, la organización y la intervención integral contra la violencia machista.

En las disposiciones generales de la Ley, se define el objeto de una manera que está muy de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado en esta materia:

Artículo 1.1. Esta ley tiene por objeto la erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que la perpetúan, con el fin de que se reconozca y se garantice plenamente el derecho inalienable de todas las mujeres a desarrollar la propia vida sin ninguna de las formas y de los ámbitos en los que esta violencia puede manifestarse.

La Ley define la violencia machista como:

(...) la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado (Artículo 3.a).

Dentro de esta definición, el elemento más cuestionable es que la ley exige que se produzca daño, con lo cual, las violencias machistas que no producen un ‘daño o sufrimiento’ ya sea físico, sexual o psicológico, no se consideran como tales. En este sentido, cabe señalar que a menudo hay formas de violencias sexuales, tales como las que se producen en el espacio público a través de acoso o comentarios, que producen indignación y rabia en quienes las reciben, pero equiparar esa experiencia a ‘sufrimiento psicológico’ resulta también victimizante para las propias mujeres, en cuanto su experiencia queda limitada a experimentar tal sufrimiento. En el derecho internacional de los derechos humanos

<sup>45</sup> También la posterior Ley 14/2010 del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y adolescencia, en su artículo 8, incluye expresamente la explotación y los abusos sexuales en el concepto de maltrato.

(así como en otras legislaciones autonómicas, como el caso de Andalucía y Madrid ya mencionados), este asunto se ha resuelto haciendo referencia a violencias por razones de género que causan o pueden causar daños o sufrimientos a las mujeres (que sean ‘susceptibles de producir’ de acuerdo a la ley de Madrid, o ‘posibilidades de causar...’ en el caso de Andalucía).

Las formas de violencia machista, pues, pueden ser físicas, sexuales, psicológicas o económicas. Se puede cometer en el ámbito de las relaciones de pareja, de la familia, en el ámbito laboral, social o comunitario o en cualquier otro ámbito en que se lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres (artículo 5).

La ley define la **violencia sexual y abusos sexuales** como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por las mujeres, incluida la exhibición, la observación y la imposición, mediante violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, de relaciones sexuales, con independencia de que la persona agresora pueda tener con la mujer o la menor una relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco”.

Uno de los elementos más importantes de la definición es que pone correctamente el **énfasis en el consentimiento de las mujeres**. Por otra parte, se incluyen diversos supuestos de violencias sexuales de manera ejemplar y además se aclara que es independiente del vínculo afectivo que la mujer, niña o adolescente pueda tener con el agresor.

Las agresiones sexuales se definen específicamente en ámbito comunitario en el artículo 5, 4to:

Cuarto. Violencia en el ámbito social o comunitario, que comprende las siguientes manifestaciones:

a) Agresiones sexuales: consisten en el uso de la violencia física y sexual ejercida contra las mujeres y las menores de edad que está determinada por el uso premeditado del sexo como arma para demostrar poder y abusar.

Cabe señalar que, aunque la definición de agresiones sexuales se encuentra dentro del ámbito comunitario, esta manifestación de las violencias machistas se puede dar en cualquiera de los ámbitos previstos en la Ley, es decir, el de la pareja, el familiar o el laboral. Cabe destacar, también, que la Ley no hace referencia expresa al ámbito de la acción estatal de manera específica, es decir, a la llamada **violencia institucional** o perpetrada por agentes del Estado. Sin embargo, prevé un quinto ámbito, que incluye “**cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres**”, en el que, sin duda, pueden considerarse incluidas las violencias sexuales perpetradas por agentes públicos. Esta última expresión, a la vez, abre nuevamente el concepto de violencias machistas, restringido

en la definición a las conductas que tienen ‘como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico’ a todas aquellas que pueden lesionar la dignidad, integridad y libertad de las mujeres.

Todas las disposiciones de esta Ley referidas a las diversas manifestaciones de las violencias machistas son aplicables a las violencias sexuales. El capítulo 2 de la Ley, referido al derecho a la atención y la asistencia sanitarias específicas, contiene, además, una disposición específica referida a las agresiones sexuales respecto al contenido del derecho a la **atención y la asistencia sanitarias específicas**, en el artículo 32:

Las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista tienen derecho a una atención y una asistencia sanitarias especializadas. El Gobierno, por medio de la Red Hospitalaria de Utilización Pública, garantiza la aplicación de un protocolo de atención y asistencia en todas las manifestaciones de la violencia machista, en los diferentes niveles y servicios. Este protocolo debe contener uno específico para las mujeres que han sufrido una agresión sexual.

Además, el artículo 57.3 señala que los servicios de atención y acogida de urgencias se destinan, en todo caso, a las mujeres, niñas y adolescentes que sufren agresiones sexuales, ya sea en el ámbito de las relaciones de pareja, familiar o el ámbito social o comunitario.

Por otra parte, la Ley define la **victimización secundaria**, de gran importancia en materia de violencias sexuales, como:

(...) el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se encuentran en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits cuantitativos y cualitativos de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, y también por las actuaciones desafortunadas provenientes de otros agentes implicados (artículo 3. h).

Entre los principios que deben orientar las intervenciones de los poderes públicos para erradicar esta violencia -considerando la diversidad de daños causados por las violencias machistas y el derecho de las mujeres a no ser discriminadas- se encuentran la integridad de las medidas que se han de implementar o el hecho de que las respuestas tengan en consideración las necesidades específicas de las mujeres, evitando la victimización secundaria y estableciendo medidas para impedir la reproducción o perpetuación de los estereotipos sobre las mujeres y la violencia machista (artículo 7).

La Ley aborda la violencia machista como una vulneración de los derechos humanos, teniendo en cuenta las particularidades territoriales, culturales, religiosas, personales, socioeconómicas y sexuales de la diversidad de las mujeres a las que van destinadas.

En relación con la prevención, la detección y la erradicación de la violencia machista, la Ley contiene provisiones específicas relativas a la investigación en violencia machista, la sensibilización social y la información para prevenir y eliminar la violencia machista, e incluye medidas específicas dirigidas a los medios de comunicación y los ámbitos educativo, laboral y social. También tiene disposiciones específicas sobre la formación y la capacitación de profesionales, ya sea que intervengan directa o indirectamente en casos de violencias machistas.

En cuanto a los derechos de las mujeres en situaciones de violencia machista a la prevención, se reconoce el derecho a la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral. Sin embargo, se establecen disposiciones específicas para colectivos de mujeres que pueden estar afectados por discriminación interseccional en función de diversos factores. Cabe destacar que el art. 2 de la ley garantiza que “todas las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista, así como sus hijos e hijas dependientes, que vivan o trabajen en Cataluña y con independencia de la vecindad civil, la nacionalidad o la situación administrativa y personal, tienen garantizados los derechos que la presente ley les reconoce (...)” y que para efectos de identificar una situación de violencia machista la ley no se limita a las resoluciones judiciales, como sentencias condenatorias u órdenes de protección, sino también se incluyen los informes de la Inspección del Trabajo y la Seguridad Social (art. 33.1), así como diversos instrumentos específicos de identificación de las situaciones de violencia machista, ‘siempre y cuando expresen la existencia de indicios que una mujer la ha sufrido o está en riesgo verosímil de sufrirla’, tales como (de acuerdo al art. 33.2):

- a) Cualquier medida cautelar judicial de protección, seguridad o aseguramiento vigente.
- b) El atestado elaborado por las fuerzas y cuerpos de seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia machista.
- c) El informe del Ministerio Fiscal.
- d) El informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, en el que conste que la mujer ha sido atendida en algún centro sanitario por causa de maltrato o agresión machista.
- e) El informe de los servicios públicos con capacidad de identificación de las situaciones de violencia machista. Se reconoce esta capacidad a los servicios sociales de atención primaria, a los servicios de acogida y recuperación, a los servicios de intervención especializada y a las unidades especializadas dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- f) El informe del Instituto Catalán de las Mujeres.
- g) Cualquier otro medio establecido por disposición legal.

Esta disposición, por tanto, permite garantizar también los derechos de atención y reparación a las mujeres que –por las razones que sea- hayan decidido no denunciar penalmente la violencia que viven. En este sentido, la denuncia penal no es condición para el reconocimiento de sus derechos.

### 2.3 Legislación estatal sobre Memoria Histórica ante las violencias sexuales contra mujeres durante el conflicto y post-conflicto en España

La aprobación, a nivel estatal, de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, fue la primera iniciativa legislativa encaminada al reconocimiento de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el Estado español durante el conflicto armado y la posterior dictadura franquista.

La Ley 52/2007, a pesar de constituir el primer hito en las leyes de este tipo, resulta insuficiente si se considera que los elementos básicos en los procesos de justicia transicional son la verdad, la justicia y la reparación. Ni la ley ni su desarrollo reglamentario han permitido ni tan solo que se investiguen los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos durante la represión franquista, amparados por la Ley de Amnistía de 1977. El Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff sobre España (2014)<sup>46</sup> señala que

“Las medidas adoptadas no han respondido a una política de Estado consistente, incluyente y global en favor de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. (...) No se estableció nunca una política de Estado en materia de verdad, no existe información oficial, ni mecanismos de esclarecimiento de la verdad. (...) Los reclamos de los familiares para dar sepultura a sus seres queridos son urgentes. En el área de justicia, un excesivo formalismo e interpretaciones restrictivas de la Ley de Amnistía y del principio de legalidad no sólo niegan el acceso a la justicia, sino que también impiden cualquier tipo de investigación.” (pág. 2)

El mismo informe señala que no existe un censo de víctimas, ni datos o estimaciones oficiales, y que sigue siendo sub-explorado –entre otros- las diferentes formas de represión que afectaron a las mujeres (párr. 42) así como el impacto de las violaciones de derechos humanos contra las mujeres, tanto como víctimas directas o indirectas, y la poca atención que les prestan las medidas de reparación actuales (párr. 93). Por ello el informe concluye recomendando, entre otros:

46 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España. A/HRC/27/56/Add.1 de 22 de julio de 2014

“Ampliar los estudios existentes sobre las violaciones a los derechos de las mujeres y desarrollar medidas de reparación y reconocimiento especial del daño que sufrieron como consecuencia de la Guerra Civil y el franquismo, incluyendo la violencia sexual, agresiones, humillaciones y discriminación en represalia por su afiliación real o supuesta o la de sus familias o parejas”.

En cuanto a la investigación de crímenes de violencia sexual contra mujeres durante el conflicto armado y la dictadura, la única iniciativa específica corresponde a la ONG Women's Link Worldwide, que en 2016 amplió la querrela que se instruye en Buenos Aires, Argentina, por los crímenes del franquismo para incluir los casos de seis mujeres víctimas de violencia sexual y por razones de género durante la represión franquista.<sup>47</sup>

### Marco jurídico autonómico

Entre las comunidades autónomas incluidas en este estudio –Madrid, Andalucía y Cataluña- sólo Andalucía cuenta con una normativa específica en esta materia, la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. Aún más, el Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, estableció indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión en su honor, intimidad y propia imagen. Ello, atendido que “las características de la represión ejercida exclusivamente sobre las mujeres durante la Guerra Civil y la Posguerra tuvo un claro componente de género; las mujeres fueron ultrajadas, a veces, únicamente por ser mujeres. Muchas mujeres fueron asesinadas, otras violadas, encarceladas, vejadas, «paseadas», rapadas, etc.”<sup>48</sup>

La ley andaluza se basa en las recomendaciones del Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff ya mencionado, y, entre otras, señala que el Consejo Andaluz de la Memoria Histórica y Democrática promoverá la creación de un grupo de trabajo o comisión independiente con el fin de recopilar testimonios y documentos para establecer un informe sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas desde la Guerra Civil durante el franquismo y hasta la aprobación del Estatuto de Autonomía para Andalucía, grupo en el cual se incluirán “expertos en violencia contra la mujer o los niños y niñas”, entre otros. También señala que “la perspectiva de género y LGTBI serán tenidas en cuenta en la composición del grupo de trabajo o comisión, en la recepción de la información de las víctimas y en la caracterización de la represión en función del género y/o la orientación sexual en el Informe final” (art. 41).

47 Women's Link Worldwide. Las víctimas olvidadas de Franco: violencia sexual, tortura y humillación contra las mujeres. Disponible en <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/women-s-link-en-los-medios/las-victimas-olvidadas-de-franco-violencia-sexual-tortura-y-humillacion-contra-las-mujeres-1>

48 Exposición de Motivos de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

En el caso de Cataluña<sup>49</sup>, de acuerdo a la información divulgada por los medios de comunicación, la actual Consejería de Justicia de la Generalitat ha planteado que elaborará una ley de memoria histórica, que “reconocerá de forma específica a los colectivos más perjudicados, como las mujeres, las personas LGTBI y los bebés robados”. En Madrid, en cambio, no existen iniciativas similares, y en este sentido, únicamente se aprobó el 30 de octubre de 2017 en el Ayuntamiento de Madrid una moción que insta al Gobierno municipal a “interponer una querrela criminal en los juzgados de instrucción” para que se investiguen los crímenes de la dictadura en el contexto de crímenes de lesa humanidad cometidos contra ciudadanos/as de la ciudad de Madrid<sup>50</sup>. Una decisión similar fue adoptada por el pleno del Ayuntamiento de Barcelona en abril de 2017<sup>51</sup>.

En cuanto a las leyes autonómicas sobre violencia de género / violencia machista, la ley catalana es la única que incluye disposiciones específicas referentes a mujeres afectadas por violencia machista en el contexto de conflictos armados. El artículo 5, referido a los ámbitos de la violencia machista, en el ámbito cuarto, de la violencia en el ámbito social o comunitario, incluye expresamente la violencia derivada de conflictos armados y varias formas de violencias sexuales:

f) Violencia derivada de conflictos armados: incluye todas las formas de violencia contra las mujeres que se producen en estas situaciones, como el asesinato, la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado, el aborto forzado, la esterilización forzada, la infección intencionada de enfermedades, la tortura o los abusos sexuales.

El artículo 7 de la Ley incluye, en los principios orientadores en las intervenciones de los poderes públicos, criterios que son relevantes en relación a las mujeres que pueden haber sido víctimas de violencias sexuales en contextos de conflicto armado. En particular:

e) La debida consideración de las particularidades (...) personales, (...) de la diversidad de las mujeres en situación de violencia machista, así como sus necesidades específicas, con la condición de que ninguna particularidad justifica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

g) El compromiso que la construcción de las respuestas a la violencia machista debe hacerse desde las necesidades específicas y las experiencias de las mujeres en situaciones de violencia.

49 Ver: Crónica Global, El Govern prepara una ley catalana de memoria histórica, 11 de julio de 2018. Disponible en [https://cronica-global.es/espagnol.com/politica/govern-ley-catalana-memoria-historica\\_154655\\_102.html](https://cronica-global.es/espagnol.com/politica/govern-ley-catalana-memoria-historica_154655_102.html)

50 Ver: Público.es, Madrid aprueba acudir a la Justicia para que se investiguen los crímenes franquistas con el rechazo del PP, 31 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.publico.es/politica/madrid-aprueba-acudir-justicia-investiguen-crimenes-franquistas-rechazo-del-pp.html>

51 Ver: Público.es, Barcelona obtiene el respaldo del Pleno para interponer querrelas contra el franquismo, 30 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.publico.es/politica/barcelona-busca-respaldopleno-interponer.html>

h) La consideración de las dificultades singulares en que se encuentran mujeres de determinados colectivos en situaciones específicas, de acuerdo con el capítulo 5 del título III.

El artículo 8.2, en relación con la investigación en materia de violencia machista, señala que se debe considerar el impacto diferente que tiene esta violencia en colectivos específicos de mujeres.

Las violencias sexuales y sus consecuencias, al igual que cualquier otra forma de violencia basada en el género, no afectan de la misma manera todas las mujeres. Factores como el racismo, la lesbofobia, la transfobia, el clasismo, la discriminación por diversidad funcional o discapacidad<sup>52</sup>, etc., afectan de manera diferenciada a las mujeres en diversos contextos, dando lugar a formas interrelacionadas de discriminación que tienen un impacto en las violencias basadas en el género, así como en las respuestas institucionales ante ellas.

En este sentido, el carácter interseccional de la discriminación y las violencias por razones de género han sido subrayados por los organismos internacionales, tales como, el Comité CEDAW, en el trabajo interpretativo de la Convención.

El texto mismo de la Convención CEDAW señala que mujeres en diversas situaciones son afectadas de diversas maneras por la discriminación<sup>53</sup>. El Comité ha enfatizado que las mujeres afectadas por determinadas circunstancias o que pertenecen o son percibidas como pertenecientes a ciertos grupos pueden sufrir formas específicas e interrelacionadas de discriminación. La Recomendación general n. 28 del Comité (2010) sobre las obligaciones de los Estados ante el artículo 2 de la Convención manifiesta que la discriminación contra las mujeres está inextricablemente vinculada a otros factores que pueden afectar sus vidas.

La Recomendación general n. 35 (2017), como ya hemos señalado, aborda de manera transversal la interseccionalidad, reconociendo que las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación. Dentro de esos factores de discriminación la RG 35 incluye:

“el origen étnico o racial, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil, la maternidad, la edad, la procedencia urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, los derechos de propiedad, la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual, el analfabetismo, la solicitud de asilo, la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida, la viudez, el estatus migratorio, la

52 Utilizamos en este documento ambas expresiones, ya que la mayor parte de instrumentos internacionales de derechos humanos utilizan la expresión ‘personas con discapacidad’, mientras que diversos colectivos de personas afectadas prefiere la expresión ‘diversidad funcional’.

53 La Convención, por ejemplo, habla expresamente de la situación de las mujeres casadas, de las mujeres de ámbitos rurales y de las niñas, entre otros.

condición de cabeza de familia, la convivencia con el VIH/SIDA, la privación de libertad y la prostitución, así como la trata de mujeres, las situaciones de conflicto armado, la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos, en particular las defensoras de los derechos humanos.” (RG 35, párr. 12)<sup>54</sup>

En consecuencia, el Comité reconoce que la violencia basada en el género puede afectar a las mujeres en grados diferentes, ya que pueden experimentar formas múltiples e interrelacionadas de discriminación. Por ello, los Estados partes de la CEDAW deben reconocer que la violencia basada en el género se ve afectada por la discriminación interseccional y que a menudo tiene un impacto negativo agravante.

Estos factores interrelacionados de discriminación hacen, entre otros, que la violencia hacia ciertas mujeres o ciertos grupos de mujeres, tenga un mayor riesgo de impunidad que la dirigida contra otras mujeres. Por ejemplo, la violencia sexual ejercida contra mujeres que, por razones lingüísticas, de edad, de migración,

de encarcelamiento u otros, tienen más dificultades para acceder al sistema de justicia para denunciar lo que han sufrido, tiene más posibilidades de quedar en la impunidad, que si se trata de violencias ejercidas contra mujeres que sí tienen tal acceso. Asimismo, las personas perpetradoras de estas violencias pueden prevalerse de una posición de mayor poder, autoridad o credibilidad respecto de las víctimas por razones de edad o autoridad, lo que se acentúa en contextos institucionales o de jerarquía formal (policial, cárceles, instituciones de salud mental, centros educativos, etc.).

Por ello, para que el Estado garantice los derechos humanos a todas las mujeres es necesario considerar la posición que ocupan en diversos ejes de opresión o discriminación y cómo inciden tales factores en su acceso a la justicia y a los servicios públicos que pueden permitir su protección y la reparación del daño. Para esto, los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen de los Estados el desarrollo de políticas adecuadas para las mujeres que se encuentran afectadas por formas interrelacionadas de discriminación.

<sup>54</sup> Otras recomendaciones generales del Comité CEDAW relativas a la discriminación interseccional son la RG 15, sobre la mujer y el SIDA, RG 18, sobre las mujeres con discapacidades, RG 21, sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, RG 24, sobre la mujer y la salud, RG 26, sobre las mujeres trabajadoras migrantes, RG 27, sobre las mujeres mayores y la protección de los derechos humanos, RG 30, sobre la mujer en la prevención de conflictos, situaciones de conflicto y posconflicto, RG 31, sobre las prácticas nocivas, la RG 32, sobre las dimensiones relacionadas con el género de la condición de refugio, asilo, nacionalidad y apátrida de las mujeres, la RG 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia y la RG 34 sobre mujeres rurales. El Comité también ha abordado la discriminación interseccional en su jurisprudencia (*Jallow versus Bulgaria*, 2012; *SVP versus Bulgaria*, 2012; *Kell versus Canadá*, 2012; *AS versus Hungría* de 2006, entre otros) y en las investigaciones sobre vulneraciones graves de derechos humanos, en particular, en relación con México (2005) y Canadá (2015).

### 3. Las violencias sexuales desde una perspectiva interseccional

#### 3.1. Disposiciones generales en el ámbito estatal y autonómico

La legislación estatal y autonómica, en mayor o menor grado, reconoce que las mujeres sufren diversas formas de discriminación, más allá de aquella motivada en el género. Por ejemplo, la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid hace mención en su exposición de motivos la importancia de “hacer visible y atender a aquellas víctimas de la Violencia de Género, cuya singular situación las hace más vulnerables, como son muy evidentemente las mujeres inmigrantes y las mujeres con discapacidad”.

El art. 3 de la ley, asimismo, señala que las medidas de sensibilización en los ámbitos publicitario y de los medios de comunicación y social deben prestar “especial atención a **mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor (...)**”. El mismo énfasis en tales grupos de mujeres se recoge en el art. 7, referido a la detección de situaciones de riesgo, agregándose que “con la participación de los sectores afectados, se elaborarán los protocolos específicos para poder detectar tales situaciones”.

También el art. 10.2 de la ley, relativo a la formación del personal sanitario, docente, de servicios sociales y de otros profesionales, señala que “deberán adoptarse medidas para realizar, impulsar y facilitar formación a los colectivos de profesionales que atienden a las mujeres víctimas de violencia en los centros sanitarios y de servicios sociales, con el fin de que puedan prevenir y detectar precozmente los casos de Violencia de Género en todos los niveles de atención, así como garantizar la intervención adecuada en estas situaciones, prestando especial atención a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde la situación de riesgo pueda ser mayor”. También el art. 11, relativo a los estudios e investigaciones sobre todas las formas de violencia de género, señala que debe prestarse especial atención a las mujeres pertenecientes a tales colectivos o ámbitos.

El art. 15 de la ley, incluye dentro de los principios de actuación la efectividad, es decir, que deben adoptarse las medidas necesarias para “**las víctimas cuyas circunstancias personales y sociales supongan una mayor dificultad para el acceso integral a la asistencia**” tengan garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos.

La Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, contiene diversas disposiciones referidas a las mujeres “que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley” y a la atención de “colectivos especialmente vulnerables”.

Por su parte, en Cataluña, la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, señala que se adoptarán medidas específicas para las mujeres en diversas situaciones o ámbitos. Aunque estos factores son múltiples, la ley se refiere de manera específica a la situación de inmigración, prostitución, mundo rural, vejez, transexualidad, discapacidad, virus de inmunodeficiencia humana, etnia gitana y centros de ejecución penal.

En los apartados siguientes nos centraremos en tres situaciones específicas: la de las niñas y adolescentes menores de edad, la diversidad funcional y la migración o etnicidad.

#### 3.2. Niñas y adolescentes menores de 18 años

La edad es un elemento relevante a la hora de hablar de las víctimas de violencias sexuales. La violencia sexual infantil rara vez se denuncia en el momento en que se produce y, en muchos casos, no se denuncia nunca. Las niñas y niños víctimas suelen mantener el secreto y retrasan la divulgación, o no la explican durante la infancia, sobre todo cuando quienes les agreden son parte de su entorno íntimo. El temor a no ser creídas, la preocupación por la intervención de las autoridades o el miedo a que el agresor se entere son algunos de los factores que inciden en el silencio. Las niñas y niños no siempre entienden que están siendo explotados o agredidos sino hasta que son mucho mayores. El estudio de López sobre prevalencia de abuso sexual, citado por Alarcón y otros (2010: 90) concluye que sólo el 12% de las personas que informaban de que habían sufrido abuso sexual en la infancia, habían denunciado la experiencia abusiva.

Aun así, las denuncias tardías, como cada vez podemos confirmar a nivel internacional, no significan que no se pueda conseguir un enjuiciamiento efectivo o que no se pueda intervenir de la manera más adecuada para dar atención y reparación a las víctimas cuando decidan denunciar la violencia. Cada vez conocemos más casos de ‘denuncias históricas’ en las que se inician procedimientos penales efectivos, en las que a menudo existen numerosas víctimas.

Los datos disponibles a partir de los estudios llevados a cabo en diferentes partes del mundo sugieren que entre el 7% y el 36% de las niñas, y entre el 3% y el 29% de los niños, han sufrido violencia sexual. La mayoría de los estudios concluyen que la violencia sexual contra las niñas es entre 1,5 y 3 veces más extendida que contra los niños (OMS, 2003).

Los ataques sexuales pueden ser perpetrados por miembros de la familia, amigos de la familia, novios y novias, amigos, extraños, adultos por Internet y personas en posiciones de confianza o autoridad, como maestros o sacerdotes, y son casi siempre hombres.

Los delincuentes también pueden preparar la relación con la familia para que los padres, madres o tutores legales confíen en el delincuente como amigo de la familia.

Cuando el agresor es integrante de la familia el delito es especialmente perjudicial porque rompe el sistema de apoyo principal de la niña o el niño. Dado que las niñas y los niños (especialmente quienes son más pequeños/as) tienen recursos limitados fuera de la familia, les puede ser muy difícil escapar de la violencia e iniciar un proceso de recuperación.

Otro ámbito relevante es el de las mujeres adolescentes menores de dieciocho años, que pueden sufrir violencias sexuales en cualquier ámbito, y también en el de las relaciones de pareja<sup>55</sup> y en el contexto de ocio o fiesta, contextos que han estado en el centro de la preocupación política y social en los últimos años, como lo demuestran los diversos protocolos adoptados en diversos municipios en gran parte del país.

### 3.2.1. Marco jurídico internacional

El Convenio de Estambul<sup>56</sup> establece que las medidas preventivas, protectoras y de apoyo deben considerar las necesidades específicas de las personas vulnerables por sus circunstancias particulares (artículo 12.3 y 18.3), por lo que se entiende que en el caso de las niñas y las adolescentes esta circunstancia debe ser especialmente considerada.

El Comité CEDAW, en el caso SVP v. Bulgaria (2012) señaló que a pesar de que el Estado implementaba numerosos programas para promover la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad, no proporcionaba ninguna información sobre cómo todo esto se aplicaba a la situación de las niñas víctimas de violencia sexual. El Comité cuestionó la falta de medidas para combatir la violencia sexual contra las mujeres y las niñas y hacer frente a las consecuencias de este tipo de violencia en el disfrute de sus derechos de acuerdo con la Convención. En consecuencia, el Comité consideró que el Estado parte había violado los derechos de la víctima -en este caso, una niña menor de edad que sufrió violencias sexuales- en virtud del artículo 2, el párrafo (c) y el artículo 15 de la Convención.

En este caso, el Comité CEDAW también subrayó que es necesaria la existencia de **protocolos de salud y de procedimientos hospitalarios adecuados para abordar la violencia sexual hacia mujeres y niñas**, incluyendo una **formación** sensible al género para las personas trabajadoras de la salud, con el fin de detectar y tratar las consecuencias para la salud de la violen-

cia por razones de género. La falta de estos protocolos, procedimientos y especialización lleva a un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la Convención.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño/a<sup>57</sup>, en su artículo 19 (protección contra todas las formas de violencia), manifiesta que los niños y las niñas tienen derecho a ser protegidos/as de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Los Estados deben asegurar que sean atendidos adecuadamente y protegerlos de la violencia, el abuso y el abandono del padre o la madre o de cualquier otra persona que se ocupe de ellos/as.

El artículo 34 (explotación sexual) de la Convención señala que los gobiernos deben proteger a los niños y las niñas contra todas las formas de explotación y abuso sexual. El artículo 35 (secuestro, la venta y el tráfico), enfatiza que los Estados deben tomar todas las medidas posibles contra el secuestro, la venta y la trata de niños/as con cualquier fin o en cualquier forma. Estas disposiciones de la Convención se ven aumentadas por el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños y niñas en la pornografía.

El Comité sobre los derechos del Niño (CDN), en 2011, emitió la **Observación general No. 13, relativo al derecho de niñas y niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia (OG 13)**. Este Comentario general establece como premisas y observaciones fundamentales, entre otros, que:

- Un enfoque basado en los derechos, el cuidado y la protección del niño requiere un cambio de paradigma hacia el **respeto y la promoción de la dignidad humana y la integridad física y psicológica de las niñas y los niños**, así como un énfasis en los derechos de las personas y no en su condición de víctimas.
- El concepto de **dignidad** exige que cada niña o niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como un ser humano único y valioso, con una personalidad individual, diferentes necesidades, intereses y privacidad.
- El principio del imperio de la ley se aplicará plenamente a las niñas y los niños al igual que a las personas adultas.
- Las niñas y los niños tienen **derecho a ser escuchados** y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta. Deben ser respetados sistemáticamente en todos los procesos de toma de decisiones y sus habilitaciones y participación deben ser centrales en las estrategias y los programas de cuidado y protección de la infancia.

<sup>55</sup> Véase el informe de Dones Juristes (2013). Derechos de las mujeres adolescentes ante la violencia machista en las relaciones de pareja y situaciones análogas. Disponible en: [http://dones.gencat.cat/web/.content/04\\_temes/docs/informe\\_drets\\_dones\\_adolescents.pdf](http://dones.gencat.cat/web/.content/04_temes/docs/informe_drets_dones_adolescents.pdf)

<sup>56</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica. Ratificado por el Estado español en abril de 2014, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014.

<sup>57</sup> Adoptada el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE el 31 diciembre del mismo año.

- El **interés superior de las niñas y los niños** debe ser una consideración primordial en todos los asuntos que los involucran o afectan y han sido respetados, especialmente cuando son víctimas de violencia, así como en todas las medidas de prevención;
- La prevención primaria, por medio de la salud pública, la educación, los servicios sociales y otros enfoques, de todas las formas de violencia es muy importante.

El Comité reconoce la posición fundamental de las familias, incluyendo familias extensas, en el cuidado y la protección de la infancia y en la prevención de la violencia. Sin embargo, el **Comité también reconoce que la mayoría de la violencia tiene lugar en el contexto de las familias** y que, por tanto, se requiere intervención y apoyo cuando los/as niños o niñas se convierten en las víctimas de la opresión y la angustia impuesta o generada en las familias.

El Comité es también consciente de la violencia generalizada e intensa aplicada contra niñas y niños en las instituciones del Estado y por actores estatales, en particular en las escuelas, guarderías, residencias, custodia de la policía e instituciones de justicia, que pueden constituir tortura.

En relación con las obligaciones de los Estados ante estas violencias, el Comité utiliza el mismo marco interpretativo de las obligaciones de derechos humanos que el Comité CEDAW y señala que el Estado tiene la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia o violaciones de los derechos humanos, proteger las niñas y los niños víctimas y/o testigos de violaciones de derechos humanos, investigar y sancionar a los responsables y facilitar el acceso a reparación por las violaciones de derechos humanos. El Comité señala que “los Estados miembros, por otra parte, deben asegurarse de que todas las personas que, dentro del contexto de su trabajo, sean responsables de la prevención, la protección y la reacción a la violencia, así como que en el sistema de justicia aborden debidamente las necesidades y respeten los derechos de las niñas y los niños” (OG 13, párr. 5).

De acuerdo con el Comité, el abuso sexual incluye cualquier actividad sexual impuesta por un adulto a una niña o un niño, contra el que abuso tiene derecho a protección penal. Las actividades sexuales también son consideradas como abuso cuando las comete contra una niña o un niño otra niña o niño, si el delincuente menor de edad es significativamente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, la amenaza o cualquier otro medio de presión. Las actividades sexuales entre niñas o niños no son consideradas abuso sexual si son mayores que el límite de edad definido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas.

El Comité señala en el párr. 25 que el abuso y la explotación sexual incluye, entre otros: a) La incitación o

la coacción para que una niña o un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial; b) La utilización de niñas o niños en la explotación sexual comercial; c) La utilización de niñas o niños en audio o imágenes visuales de abuso sexual infantil; d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en los viajes, turismo o tráfico de seres humanos (dentro y entre Estados), la venta de niñas o niños para explotación sexual y el matrimonio forzado. También el Comité considera diversas formas de violencia sexual que se cometen a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) (párr.31).

El Comité enfatizó que “muchas niñas y niños experimentan una **victimización sexual que no se acompaña de la fuerza o la imposición física, pero que, sin embargo, es psicológicamente intrusiva, explotadora y traumática**” (OG 13 párr. 25).

El Comité también señala que la violencia contra niños/as puede ser constitutiva de **tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes**, por ejemplo, al “obligarlo a realizar actividades contra su voluntad, cometido por lo general **por la policía y otros agentes del orden público, el personal de los hogares y residencias y otras instituciones** y las personas que tienen autoridad sobre el niño, incluidos los agentes armados no estatales”. En estos casos, factores adicionales de discriminación deben ser considerados, ya que “las víctimas son a menudo niños marginados, desfavorecidos y discriminados” tales como “los niños en conflicto con la ley, los niños de la calle, los niños indígenas y de minorías y los niños no acompañados.” (OG 13 párr. 26)

La OG 13 expone múltiples medidas que deben adoptar los Estados para cumplir la obligación de debida diligencia. **El Comité clasifica estas medidas en: prevención, identificación, denuncia, derivación, investigación, tratamiento, seguimiento y respuesta judicial.** Todas las intervenciones deben ser coordinadas intersectorialmente, con la adecuada implementación de recogida y análisis de datos y de una agenda de investigación, así como el desarrollo de objetivos e indicadores medibles en relación con las políticas, procedimientos y resultados para las víctimas y sus familias.

La **prevención** incluye la salud pública y otras medidas para promover positivamente la respetuosa crianza de niñas y niños, libres de violencia, dirigidas a las causas principales de la violencia a todo nivel, incluyendo a nivel del niño o niña, la familia, personas perpetradoras, la comunidad, las instituciones y la sociedad en general. Hay que enfatizar tanto en la prevención general (primaria) y específica (secundaria) en todo momento, como en el desarrollo y la implementación de sistemas de protección infantil. El Comité subraya que el compromiso con la prevención no reduce las obligaciones de los Estados para responder de manera efectiva a la violencia cuando se produzca.



En relación con la **identificación**, el Comité expresa que es necesario que todas las personas que mantienen contacto con niñas y niños sean conscientes de los factores de riesgo y los indicadores de todas las formas de violencia, que reciban orientación sobre la forma de interpretar estos indicadores y tengan los conocimientos, la voluntad y la capacidad necesarios para adoptar las medidas oportunas (por ejemplo, la protección en caso de emergencia). Hay que ejercer una “vigilancia particular en el caso de **grupos marginados de niñas y niños que se vean en situación de especial vulnerabilidad** porque se comunican con los demás de manera diferente, porque no pueden moverse o porque se les considera incompetentes, como las niñas y niños con discapacidad”. Se deben prever las adaptaciones necesarias para que tengan las mismas posibilidades de comunicarse y manifestar los problemas que los/as demás.

En cuanto a la **notificación**, el Comité señala que los Estados deben desarrollar sistemas de denuncia seguros, bien divulgados, confidenciales y accesibles para niñas, niños y las personas que les representan, incluyendo el uso de líneas telefónicas gratuitas y otros mediante TICs. La creación de mecanismos de notificación supone:

- a) el suministro de información adecuada para facilitar la presentación de quejas;
- b) la participación en investigaciones y actuaciones judiciales;
- c) la elaboración de protocolos adaptados a las diferentes circunstancias y su amplia difusión entre las niñas y los niños y la ciudadanía en general;
- d) la prestación de los correspondientes servicios de atención a los niños y las familias, y
- e) la formación y la prestación de apoyo permanentes al personal encargado de procesar la información recibida por los sistemas de notificación.

Los mecanismos de notificación deben:

- Actuar paralelamente con los servicios de ayuda que ofrezcan atención médica y social al público y deben presentarse como tales, en vez de dar lugar a respuestas esencialmente punitivas
- **Respetar el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y que sus opiniones sean tomadas en serio.**
- Las personas profesionales que trabajan directamente con niños exigirán, como mínimo, la **notificación de casos, sospechas o riesgos de violencia.**
- Deben existir procesos para asegurar la protección de la profesional o el profesional que haga una denuncia, siempre que actúe de buena fe.

Respecto al derecho de los niños y niñas a ser escuchados, la OG 13 señala en su párr. 63 que:

Los/as niños/as tienen derecho a ser escuchados/as desde una edad muy temprana, cuando son particularmente vulnerables a la violencia. Hay que incitar a los/as niños/as a expresar sus opiniones, y tenerlas debidamente en cuenta en cada etapa del proceso de protección del niño o niña. El derecho del niño o niña a ser escuchado/a es particularmente importante en situaciones de violencia (véanse los párrafos 118 y ss. de la Observación general N° 12 del Comité).

En cuanto a las **derivaciones**, el Comité recomienda que:

- La persona que recibe la notificación o denuncia haya recibido instrucciones y explicaciones claras sobre el momento en que se remitirá el asunto al organismo que esté encargado de coordinar la respuesta y cómo hacerlo.
- Las remisiones entre sectores las pueden hacer profesionales y personal administrador capacitados, si se determina que hay niñas o niños que necesitan protección (inmediata o a largo plazo) y servicios de atención especializada.
- Las personas profesionales que trabajan en el sistema de protección de niñas y niños deben estar familiarizadas con los mecanismos de cooperación entre organismos y los protocolos de colaboración.
- El proceso consistirá en: a) una evaluación participativa y multidisciplinaria de las necesidades a corto y largo plazo del niño o niña, de los cuidadores y de la familia, invitando a todos ellos a dar sus opiniones y teniéndolas en cuenta debidamente; b) la transmisión de los resultados de la evaluación a la niña o el niño, los cuidadores y la familia; c) la remisión del niño o niña y la familia a los diferentes servicios que puedan atender sus necesidades, y d) el seguimiento y la evaluación de la idoneidad de la intervención.

La **investigación** de los casos de violencia que hayan sido notificados (ya sea por el niño o niña, por sus representantes o un tercero) se realizará por profesionales cualificados que hayan recibido una formación amplia y específica y debe obedecer a un enfoque basado en los derechos de los/as niños/as y sus necesidades. Al respecto, el Comité señala que se adoptarán procedimientos de investigación rigurosos, pero adaptados a niñas y niños para identificar correctamente los casos de violencia y aportar pruebas en procesos administrativos, civiles, penales o de protección. Asimismo “**se debe extremar la prudencia para no perjudicar la niña o el niño y causarle ulteriores daños en el proceso de investigación**” (OG 13 párr. 51).

El **tratamiento**, en tanto, es uno de los muchos servi-

cios necesarios para la recuperación de niños/as que han sido víctimas de violencia, tal como señala el artículo 39 de la Convención de Derechos del Niño/a:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo/a niño/a víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño o niña.

En este sentido, es importante: a) pedir la opinión del niño o niña y tenerla en cuenta debidamente; b) velar por la seguridad del niño o niña; c) prever la posibilidad de que sea necesario situar inmediatamente la niña o el niño en un entorno seguro, y d) tener en cuenta los efectos previsibles de las posibles intervenciones en el bienestar, la salud y el desarrollo de la niña o el niño a largo plazo. Una vez diagnosticado el maltrato, es posible que la niña o el niño necesiten servicios y atención médica, psiquiátrica y jurídica, y posteriormente un seguimiento a más largo plazo. Hay que organizar toda una serie de servicios, tales como entrevistas con la familia y otras prácticas similares.

En cuanto al **seguimiento**, los siguientes elementos deben estar siempre claramente establecidos:

- a) quien se hace responsable del niño o niña y la familia desde el momento de la notificación y la remisión hasta la fase de seguimiento;
- b) los objetivos de toda medida adoptada, que se les comunicará exhaustivamente al niño o niña y las demás partes interesadas;
- c) los detalles, los plazos de ejecución y la duración propuesta de toda intervención, y
- d) los mecanismos y las fechas del examen, el seguimiento y la evaluación de las medidas adoptadas.

Es esencial que haya continuidad entre las diferentes etapas de la intervención y la mejor manera de conseguirlo puede ser un proceso de gestión de casos. Para que la ayuda sea eficaz es necesario que, una vez adoptadas, las medidas decididas mediante un proceso participativo no estén sujetos a demoras indebidas. El proceso debe entenderse en el contexto del artículo 39 (recuperación y reintegración), el artículo 25 (revisión periódica del tratamiento y del internamiento), el párrafo 2 del artículo 6 (derecho al desarrollo) y el artículo 29 (objetivos de la educación que consisten en intenciones y aspiraciones al desarrollo) de la CDN.

En relación con la **intervención judicial**, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la **finalidad principal de proteger a la niña o niño**, salvaguardar su

posterior desarrollo y velar por su interés superior (y el de otras niñas y niños, si hay un riesgo de reincidencia de la persona autora de los actos de violencia). Además, hay que procurar que la intervención judicial **sea lo menos perjudicial posible**, en función de lo exijan las circunstancias. Además, el Comité también recomienda que se respeten las garantías:

a) Las niñas y niños, padre y madre, deben ser informados debidamente y con prontitud por el sistema judicial u otras autoridades competentes (como la policía, los servicios de inmigración o los servicios educativos, sociales o sanitarios).

b) Las niñas y niños que hayan sido víctimas de actos de violencia deben ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal, necesidades, edad, sexo, la incapacidad física que puedan tener y el nivel de madurez, respetando plenamente su integridad física, mental y moral.

c) En la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo, fomentar activamente un comportamiento positivo y prohibir los comportamientos negativos. La intervención judicial debe formar parte de un enfoque coordinado e integrado entre los diferentes sectores, apoyar las profesionales y los profesionales de otros ámbitos en la tarea que hacen con las niñas y los niños, las personas cuidadoras, las familias y las comunidades, y facilitar el acceso a toda la gama de servicios disponibles de atención y protección del niño.

d) **En todas las actuaciones en las que participen niños o niñas que hayan sido víctimas de violencia, se aplicará el principio de celeridad**, respetando el estado de derecho.

Cuando las **intervenciones judiciales consistan en procedimientos penales**, el Comité manifiesta que **“se aplicarán estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada que disfrutan, de iure o de facto, las personas autoras de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales”** (OG 13 párr. 55 c). También se han de prever **actuaciones disciplinarias o administrativas** contra profesionales por negligencia o comportamiento impropio en la tramitación de casos en los que hay sospechas de maltrato infantil (actuaciones internas cuando se trate de corporaciones profesionales por incumplimiento de los códigos deontológicos o normas de atención de niñas o niños o actuaciones externas), así como **órdenes judiciales de indemnización y rehabilitación** para niños/as víctimas de actos de violencia en sus diferentes formas.

El Comité también enfatiza la especialización de la respuesta de la justicia, por ejemplo, mediante la creación de unidades especializadas en la policía, la judicatura y la Fiscalía que apliquen un enfoque multidisciplinario y garanticen la confidencialidad, y con la posibilidad

de prever adaptaciones en el proceso judicial para que niñas y niños con discapacidad puedan participar en condiciones de igualdad y justicia.

En el ámbito europeo, también se debe considerar la *Directiva 2011/92 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de las menores y los menores de edad y la pornografía infantil*. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ya mencionada y que se analiza en relación con niñas y adolescentes en las páginas siguientes, contiene las disposiciones de su transposición a la normativa interna.

Finalmente, hay que considerar que en los casos de las adolescentes menores de dieciocho años que sufran cualquier forma de violencia sexual en el ámbito de la pareja, ambos marcos normativos -el de violencia hacia las mujeres y el de protección de la infancia- les son complementarios, aspecto que permite sostener que estos casos se encuentran bajo una protección normativa reforzada. Es decir, las adolescentes tendrán protección por el hecho de ser mujeres que sufren violencia en la relación de pareja -violencia de género, de acuerdo con la ley estatal-, pero, además, por el hecho de ser niñas.

### 3.2.2. Normativa estatal

#### Aspectos sustanciales

A fin de soslayar las críticas esgrimidas sobre la vigente regulación penal en materia de delincuencia sexual contra personas menores de edad y con el objetivo de acatar el mandato europeo, en 2010 se introdujo en el Código Penal el capítulo II bis “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”. Este título fue reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, a fin de elevar la edad de esta protección penal hasta las personas menores de dieciséis años.

Las nuevas regulaciones han incrementado las sanciones punitivas, al tiempo que suprimen o introducen algunas circunstancias calificadoras de las conductas. El capítulo II bis, otorga una dimensión especial al bien jurídico protegido, en virtud del mayor injusto que representan estas conductas, tutelando no sólo la indemnidad sexual, sino también la formación y el desarrollo de la personalidad y la sexualidad de la persona menor de edad.

Todas las figuras penales previstas en el capítulo 2 también son aplicables a personas menores de dieciocho años de edad. En particular, en relación con las agresiones sexuales, se considera como circunstancias agravantes el hecho de que **“la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación”** (artículo 180, 3ª). En este caso, se debe entender que la edad de la víctima

es un factor central para determinar la mayor gravedad del delito.

Además, hay figuras específicas aplicables a víctimas que sean menores de edad en el momento del delito. De entre las que figuras, el artículo 182, dentro del capítulo referido a los abusos sexuales, señala una de delictiva específica que sólo es aplicable a adolescentes entre dieciséis y dieciocho años de edad:

El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años.

El Capítulo II bis del Código Penal, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, incluye delitos que afectan específicamente personas menores de dieciséis años. El artículo 183 sanciona los supuestos de abusos sexuales con los mismos criterios de agravación que se aplican en casos de personas mayores de edad:

El que realice actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

Cuando los hechos se cometan utilizando 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. Se impondrán las mismas penas cuando mediante violencia o intimidación compela a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

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.

El artículo 183.4, por su parte, señala una serie de circunstancias agravantes específicas:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la haya 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 prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable haya puesto en peligro, de manera dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de estas actividades.

El artículo 183.5 señala que, en todos los casos de abusos sexuales de personas menores de dieciséis años, cuando la persona culpable se haya primado de su condición de autoridad, agente o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

El artículo 183 bis sanciona a:

El que, con fines sexuales, determine un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe, debe ser castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si le ha hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no haya participado, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

El artículo 183 ter ha incluido el uso de las TIC en la comisión de delitos sexuales contra personas menores de edad, en particular, una de las llamadas figuras del "sexting":

1. El que a través de Internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que la 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 veinte y cuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes los delitos, en su caso, cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de Internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a engatusar para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas

cas en las que se represente o aparezca un menor, debe ser castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Asimismo, cabe mencionar que el artículo 183 señala expresamente que el consentimiento libre de las personas menores de dieciséis años, si la persona autora es una persona cercana en edad y grado de desarrollo, excluye la responsabilidad penal por estos delitos:

El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluye la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona cercana al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Esta disposición es fundamental para respetar el desarrollo y la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

### Aspectos procesales

La investigación y la persecución penal de estos casos presentan retos adicionales. Hay que tener en cuenta las necesidades de las niñas y adolescentes víctimas de la violencia sexual, las consecuencias del crimen y los efectos de la comparecencia ante el sistema de justicia.

Como ya se ha mencionado, el proceso penal **puede iniciarse de oficio en los delitos públicos (en delitos sexuales, todos excepto agresión, abuso y acoso sexual) o a instancia de parte**. Desde el mismo momento en que la policía judicial, el Ministerio Fiscal, la jueza o el juez de instrucción tienen noticia de la comisión de alguno de estos delitos -a través de cualquier medio- estarán legalmente obligados a abrir la investigación oficial. De hecho, como ya hemos visto, todas las personas que tengan conocimiento de un delito de acción pública tienen la obligación de comunicarlo ante el juzgado de guardia (artículo 259 de la LECrim). También son relevantes las disposiciones de los arts. 262, 264 y 355:

262. Los que por razón de sus cargos profesionales u oficios tengan noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Juez, fiscal o policía más próximos al lugar en que se encuentre, si se trata de un delito flagrante.

264. El que por cualquier medio tuviere conocimiento de la perpetración de un delito de los que deben perseguirse de oficio deberá denunciarlo al Fiscal, Juez, o Policía más próximos sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela.

355. Si el hecho criminal que motivará la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieron al herido estarán obligados a dar parte de su estado y adelantos en los periodos

que se les señalan, e inmediatamente que ocurra cualquier novedad que merezca ser puesta en conocimiento del Juez Instructor.

Por el contrario, los llamados delitos semipúblicos (dentro de los delitos sexuales, los mencionados anteriormente) sólo son perseguibles penalmente si la persona ofendida o sus representantes legales manifiestan de manera expresa tal voluntad. **Tratándose, pues, de niñas o adolescentes, son los representantes legales quienes tienen la autoridad para denunciar estos hechos, y sólo entonces el Ministerio Fiscal puede abrir la investigación.** Esto pone en evidencia la dificultad de denunciar estos delitos cuando los presuntos perpetradores son, al mismo tiempo, representantes legales de las niñas o las adolescentes. Hay que considerar que también las personas perpetradoras pueden utilizar diversos elementos de control para evitar que las víctimas niñas o adolescentes denuncien la violencia (o la expliquen a sus representantes legales), por ejemplo, amenazándoles con publicar fotografías o grabaciones o, incluso, implicándoles en una actividad criminal (por ejemplo, la posesión de drogas ilegales).

Además, aunque la legislación nacional y autonómica reconoce progresivamente la autonomía de las personas menores de edad, y en particular de las adolescentes, la falta de acceso directo a la justicia constituye un obstáculo en el acceso a la justicia de las mujeres adolescentes. Por lo tanto, es necesario el consentimiento de los titulares de la patria potestad para muchos de los trámites que una adolescente menor de dieciocho años a iniciar, en particular, cuando se trate de casos de violencia sexual en el ámbito de la pareja.

La **Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor**, en su artículo 13 trata sobre la obligación de la notificación y de mantener la confidencialidad:

1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor lo comunicaran a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

y el artículo 17 establece:

En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación

personal y social en que se encuentra y a promover los factores de proyección del menor y su familia.

Como ya hemos mencionado en este documento, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del **Estatuto de la víctima del delito**, tiene una gran relevancia en relación con los procesos penales que afectan niñas y adolescentes víctimas de delitos. La Ley tiene una vocación que intenta ser reparadora del daño en el marco del proceso penal, y también minimizadora de la victimización secundaria, es decir, de los efectos traumáticos que este proceso puede generar a las víctimas. La situación de las personas menores de edad que son víctimas de delitos sexuales ha sido particularmente considerada, ya que esta ley constituye la transposición de la Directiva 2011/92 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de las menores y los menores de edad y la pornografía infantil.

Dentro del catálogo de derechos que se incorporan a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, hay remisiones a la normativa especial en materia de **víctimas con necesidades especiales que son consideradas de una vulnerabilidad especial**. En particular, el título III aborda cuestiones relativas a la protección y el reconocimiento de las víctimas, así como las medidas de protección específicas para un cierto tipo de víctimas. Las medidas de protección específica se adoptan teniendo en cuenta el **carácter de la persona, el delito y las circunstancias, la entidad del daño y la gravedad o la vulnerabilidad de la víctima**.

Tal como señala el artículo 19:

(...) las autoridades y los funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos deben adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente la intimidad y la dignidad, particularmente cuando se reciba declaración o deban testificar en un juicio y para evitar el riesgo de la victimización secundaria o reiterada.

El mismo artículo manifiesta que:

(...) en el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando sea necesario para impedir o reducir los perjuicios que los puedan derivarse del desarrollo del proceso.

De una particular relevancia para niñas y adolescentes es el **derecho que se evite el contacto entre víctima e infractor** (artículo 20), que se tome declaración a las víctimas el **menor número de veces posible**, y únicamente cuando sea estrictamente necesario para a los fines de la investigación penal, y que las víctimas

puedan estar acompañadas -aparte de la representante o el representante procesal y, en su caso, la persona representante legal- de una persona de su elección, durante la práctica de las diligencias en que deban intervenir (artículo 21). Sin embargo, como veremos más adelante, estos derechos pueden ser relativizados en atención a otras consideraciones.

El artículo 22, en relación con el derecho a la **protección de la intimidad**, señala:

Los jueces, los tribunales, los fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de una protección especial.

Asimismo, el artículo 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que:

Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hayan sido valoradas para resolver las necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

El artículo 23 del Estatuto manifiesta que, a fin de determinar las necesidades especiales de **protección de las víctimas**, se hará una evaluación individual. En esta evaluación, las niñas y adolescentes víctimas de violencias sexuales deben tener sin duda una consideración especial, ya que el párrafo 2.a de la referida disposición dice que se debe atender tanto la **existencia de una relación de dependencia entre la víctima y la supuesta autora o autor del delito** (si fuera una persona representante legal), como al hecho de tratarse de una persona menor de edad. También manifiesta que se deben valorar especialmente las necesidades de protección de las víctimas de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual o de trata de seres humanos (párrafo 2.b 4º y 5º).

El artículo 23.3, en relación con la adopción de medidas de protección a lo largo del proceso penal para víctimas que sean menores de edad, expone que se ha de tener en cuenta la situación personal, las necesidades inmediatas, la edad, el género, la discapacidad y el nivel de madurez, y se ha de respetar plenamente la integridad física, mental y moral.

El artículo 23.4 señala, además, que en el caso de per-

sonas menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en las letras a, b y c el artículo 25.1. Esto incluye, dentro de la fase de investigación, que

- a) Las declaraciones se reciban en **dependencias especialmente adaptadas**.
- b) Para profesionales que han recibido una **formación especial** para reducir o limitar perjuicios a la víctima o con su ayuda.
- c) Que todas las declaraciones sean tomadas por la misma persona y sea tomada por una **persona del mismo sexo de la víctima**, cuando la víctima lo solicite.

Esta última previsión, igualmente, no tendrá efecto cuando “esto pueda perjudicar de manera relevante el desarrollo del proceso, o la declaración la deba tomar directamente un juez o fiscal”. Parece, sin embargo, que dada la redacción del artículo 23.4, esta excepción no debería aplicarse en casos de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

Es una obligación que, cuando se trate de personas menores de edad, el interés superior de la niña o el niño actúe como guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación con la persona menor de edad víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la **adopción de las medidas de protección del título III, y especialmente la no adopción, deben estar fundamentadas en el interés superior del niño o niña**.

Durante la fase de enjuiciamiento, las medidas de protección más relevantes establecidas en el Estatuto de la Víctima son (artículo 25.2):

- a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y la supuesta persona autora.
- b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser escuchada sin estar presente en la sala de vistas.
- c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, a menos que la juez, el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.
- d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, la jueza o el juez o la presidencia del tribunal pueden autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un interés especial en la causa.

El artículo 26.1 expone, además, “medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de una protección especial”. Estas medidas incluyen:

1. (...) las medidas que sean necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio no se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, son aplicables las siguientes:

- a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación deben ser grabadas por medios audiovisuales y pueden ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones que determina la Ley de enjuiciamiento criminal.
- b) La declaración se puede recibir por medio de expertos.

El artículo 26.2, de otra parte, aborda una cuestión fundamental en relación con las víctimas que son niñas o adolescentes y que han sufrido violencias sexuales de las personas representantes legales o de familiares:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con una capacidad judicialmente modificada tienen un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente las funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

En estos casos “el fiscal solicitará al juez o tribunal la **designación de un defensor judicial de la víctima**, para que la represente en la investigación y en el proceso penal”. Esto permite abordar una situación de gran complejidad en los casos de violencias sexuales hacia niñas y adolescentes. Cabe mencionar que la figura de la defensora o defensor judicial de la víctima también se aplica cuando “la víctima menor de edad o con una capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares” (artículo 26.2 c).

Cabe destacar que el artículo 26.3 establece, como regla general, que “cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a efectos de lo dispuesto en la presente Ley”.

### 3.2.3. Normativa autonómica

#### Madrid

#### Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid

La ley hace diversas referencias a las personas menores de edad, pero sobre todo en su calidad de personas dependientes o hijas/os de mujer que sufre violencia de género. Así, señala en la exposición de motivos:

“Se considera, asimismo, Violencia de Género -lo que constituye una novedad de la Ley- la ejercida sobre las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a las mismas con ánimo de causar perjuicio a aquéllas. Los menores, como es conocido, dependientes de las mujeres víctimas de la Violencia de Género son también y, a veces de forma directa, víctimas desprotegidas e instrumentalizadas por los agresores para agravar y abundar en el padecimiento de sus madres. Esto no supone una dispersión de la finalidad del objeto, sino la respuesta coherente y adaptada a la realidad de la situación actual de la Violencia de Género”.

En este sentido, la ley señala expresamente en su art. 14.2 que podrán beneficiarse de las medidas de asistencia integral y protección, además de las víctimas, “los menores que se encuentren bajo su patria potestad, guarda o tutela y, en su caso, cualquier otra persona en situación de dependencia de la mujer”. Se encuentran referencias específicas a estas personas menores de edad también en relación a los centros de alojamiento de emergencia (art. 16 a), a la atención psicológica y social (art. 19.1), a su escolarización inmediata (art. 20) y en relación al sistema autonómico de asistencia a las víctimas de violencia de género, que “prestará también asistencia a los hijos e hijas menores y personas dependientes de la mujer víctima de Violencia de Género” (art. 36).

De este modo, la mayor parte de las disposiciones de la ley hacen referencia a las personas menores de edad sólo en cuanto personas “a cargo” de la mujer que es víctima de violencia de género, no en cuanto víctimas directas de estas violencias.

Sin embargo, y a pesar que la definición de violencia de género de la ley en su art. 2.2. se refiere a las agresiones dirigidas “a una mujer” y “la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquélla”, el mismo art. 2.3 incluye dentro de las manifestaciones de la violencia de género la mutilación genital femenina, que afecta sobre todo a niñas, por lo cual es evidente que las niñas también son consideradas víctimas directas de violencia de género.

Las medidas preventivas en el ámbito educativo, contempladas en el art. 8, aluden indirectamente a las personas menores de edad, en cuanto se trata de medidas aplicables en los diversos niveles educativos, con la finalidad de “que se eduque a los escolares en el respeto a la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres y en la convicción de que la garantía de esa Igualdad radica en compartir los mismos derechos y los mismos deberes” (art. 8.1). Sin embargo, también de manera indirecta se da a entender que eventuales situaciones de violencias machistas (que pueden incluir violencias sexuales) se resuelven en el ámbito escolar por la vía de la “resolución pacífica de conflictos”. Así, el art. 8.2 de la ley señala:

En los planes de formación permanente del profesorado se incorporarán estrategias formativas que posibiliten la transmisión de valores de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, prestando especial atención a la detección, prevención y resolución pacífica de situaciones conflictivas entre ambos géneros.

Sin embargo, el art. 7, referido a la detección de situaciones de riesgo de violencia de género señala que la detección se llevará a cabo también a través de los servicios educativos, y enfatiza que se ha de prestar “especial atención a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde la situación de riesgo pueda ser mayor”, lo cual evidentemente se puede aplicar a las niñas y adolescentes. En estos casos, sin embargo, el art. 7 señala que

2. Cuando el personal de los centros y servicios sociales, sanitarios y escolares tenga fundadas sospechas de situaciones de violencia o riesgo para las mujeres deberá comunicarlo a los Puntos Municipales del Observatorio Regional de la Violencia de Género y al organismo competente en materia de mujer, siempre con el conocimiento de ésta, y de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. Cuando se haya constatado o existan indicios fundados de estar ante una situación de Violencia de Género, las personas que desempeñan su trabajo como profesionales sanitarios, educativos o de servicios sociales deberán remitir de forma urgente los informes sanitarios de las lesiones físicas o psíquicas al Juzgado de Guardia y a la Fiscalía.

En este sentido, se puede decir que existe una cierta tensión entre lo dispuesto en el art. 7 y 8, y además que el art. 7 en ningún momento hace referencia a las autoridades relativas a la infancia y adolescencia (por ejemplo, Fiscalía de Menores), lo cual parece confirmar que la ley no contempla de una manera consistente a las mujeres menores de edad como potenciales víctimas directas de violencia de género.

### Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.

La ley sobre derechos de la infancia y adolescencia de la Comunidad de Madrid data de 1995, aunque ha sido objeto de diversas reformas. En lo que se refiere a las violencias sexuales, hay diversas disposiciones relevantes.

Desde una perspectiva preventiva, por ejemplo, el artículo 32 se refiere a las actuaciones administrativas relativas a la protección de los/as niños/as de las publicaciones de contenido “de carácter violento, pornográfico, de apología de la delincuencia, que fomente

pautas de conducta sexista que propicien la Violencia de Género, o cualquier otro que sea perjudicial para el correcto desarrollo de su personalidad”. El art. 33, en el mismo sentido, prohíbe “la venta y el alquiler a menores de vídeos, videojuegos o cualquier otro medio audiovisual” que contengan tal tipo de mensajes, así como su proyección en lugares de acceso a niños/as. En el mismo sentido apuntan las disposiciones relativas a la emisión de contenidos en la televisión abierta, reguladas en el art. 34.

En relación a la atención, la ley señala en su artículo 44 que “Los menores que sufran **malos tratos físicos o psíquicos**, en el seno de su familia, institución o entorno, recibirán **protección especial y de carácter sanitario, asistencial o cautelar urgente** según requiera cada caso específico, corresponsabilizándose para ello las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid implicadas.” Si bien no existe una referencia expresa a la violencia sexual, este tipo de violencia constituye un tipo de maltrato tanto físico como psíquico. Asimismo, en el artículo 43 referente a la atención sanitaria en el punto 2 especifica que la rehabilitación y mejora de la salud comprenderá todos los aspectos físicos, psíquicos y sensoriales.

En su artículo 45, además, establece:

Los titulares de los Servicios de Salud y el personal sanitario de los mismos, están especialmente **obligados a poner en conocimiento** de la Comisión de Tutela del Menor y de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal, aquellos hechos que puedan suponer la existencia de desprotección o riesgo infantil, así como colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones.

Los profesionales están también obligados a **intervenir en los casos de maltrato infantil** a través de los correspondientes códigos deontológicos aprobados por sus correspondientes colegios profesionales.

El artículo 49, en tanto, señala:

La Administración Autonómica garantizará el derecho a la intimidad y el honor, así como a la integridad física y moral de los menores, siendo especialmente protegidos contra toda forma de violencia, explotación sexual, tratamientos inhumanos, crueles o degradantes por cualquier persona física o jurídica.

La Ley regula además el procedimiento en caso de niños/as que puedan encontrarse en situación de desamparo. Este procedimiento debe respetar diversos principios (señalados en el art. 52) entre los cuales se encuentra:

(...) c) Deberá ser oído el menor que haya cumplido doce años. También los padres, tutores o guardadores del menor siempre que fuere posible.



d) Será oído el menor que no hubiere cumplido doce años si tuviere suficiente juicio, pudiendo realizarse con la ayuda de psicólogos y pedagogos cualificados para su interpretación y lectura. Asimismo, podrán ser oídas cuantas personas puedan aportar información sobre la situación del menor y su familia o personas que lo atendieran.

Estas disposiciones (que se reiteran en otras disposiciones de la ley, como por ejemplo en relación a la guarda), que **restringen el derecho a ser oídos** sólo a las personas mayores de 12 o menores de tal edad siempre que tuvieren ‘suficiente juicio’, vulneran los derechos reconocidos a niños y niñas en la Convención sobre los Derechos del Niño/a.

## Andalucía

### Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

A partir de agosto de 2018, la legislación andaluza sobre violencia de género contiene disposiciones específicas sobre las personas menores de edad que sean víctimas de tal violencia. En efecto, el Artículo 29 bis, introducido por la Ley 7/2018, 30 julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, 26 noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género<sup>58</sup>, se dedica a la Protección de la infancia y la adolescencia, y señala:

1. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará la protección social ante cualquier manifestación de violencia de género, a las que se refiere el apartado 3 del artículo 3 de la presente Ley, ejercida sobre la infancia y la adolescencia, incluyendo el acoso escolar por razón de género.

2. La Administración de la Junta de Andalucía facilitará atención psicológica especializada a las menores de edad que hayan sufrido violencia de género en el ámbito de relaciones de afectividad, aun cuando sean de carácter esporádico. Igualmente, facilitará orientación e información a las madres, padres y/o tutores de las menores atendidas.

3. La Administración de la Junta de Andalucía incorporará las actuaciones necesarias ante las manifestaciones de violencia de género realizadas a través de las tecnologías de la información y la comunicación y de las redes sociales.

El artículo 5, referido a la investigación sobre violencia de género señala que se “impulsará y mantendrá un sistema de indicadores que permita obtener y prestar **datos estadísticos detallados desagregados, al menos, por sexo, grupos de edad y discapacidad**, sobre todas las formas de violencia incluidas en esta Ley.” Además, de acuerdo al art. 6.3, en todos los estudios e

investigaciones desarrollados en el marco de las líneas de investigación previstas en la ley “los datos (...) deberán consignarse desagregados por sexo, edad, medio rural y urbano y discapacidad, entre otros.”.

El art. 6.2 señala además que se “garantizará la difusión de las investigaciones con el objetivo de informar y sensibilizar a la sociedad en general, **teniendo en cuenta la especial situación** de las mujeres con discapacidad, las mujeres que residen en zonas rurales, las **mujeres jóvenes**, las mujeres inmigrantes y las mujeres en riesgo de exclusión social.” Además, de acuerdo al art. 6.3, en todos los estudios e investigaciones desarrollados en el marco de estas líneas de investigación “los datos (...) deberán consignarse **desagregados por sexo, edad, medio rural y urbano y discapacidad**, entre otros.”.

Por otro lado, el art. 8 de la ley, relativo al plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, señala en su apartado 3 que:

3. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género, con los siguientes objetivos y criterios: (...)

c) Que tengan como **público objetivo a las personas jóvenes**. (...)

4. Las campañas de sensibilización mostrarán historias de superación de la violencia de género, evitando la victimización de las mujeres. En las campañas que se desarrollen habrán de tenerse en cuenta las **especiales circunstancias de dificultad en el acceso a la información en que puedan encontrarse determinados colectivos** (...).

Otras disposiciones, aunque no hacen referencia expresa a las niñas / adolescentes menores de edad, sí se refieren a colectivos con necesidades especiales o dificultades especiales, dentro de los cuales ellas debieran ser incluidas. Por ejemplo, dentro de las líneas de investigación sobre la violencia de género especificadas en el art. 6 de la ley se incluyen, en la letra f) “La incidencia y consecuencias en los **colectivos de mujeres con especiales dificultades** y, en particular, las mujeres de las zonas rurales de Andalucía y las mujeres inmigrantes.”. El art. 6.2 señala además que se “garantizará la difusión de las investigaciones con el objetivo de informar y sensibilizar a la sociedad en general, teniendo en cuenta la especial situación de las mujeres con discapacidad, las mujeres que residen en zonas rurales, las mujeres jóvenes, las mujeres inmigrantes y las mujeres en riesgo de exclusión social.” El art. 20.4 relativo a la formación de profesionales, señala que: “Los programas formativos en materia de violencia de género incorporarán aspectos específicos relativos a la **diversidad de las víctimas en general y particularmente de las que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad**.”

58 («B.O.J.A.» 1 agosto). Vigencia: 2 agosto 2018

En el mismo sentido, el artículo 24, dedicado a la formación a profesionales de la salud, señala:

Los planes y programas de salud deberán incluir la formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, para abordar de forma adecuada la detección precoz, la atención a la violencia de género en sus múltiples manifestaciones y sus efectos en la salud de las mujeres, la rehabilitación de éstas, y **la atención a los grupos de mujeres con especiales dificultades**. Dicha formación se dirigirá prioritariamente a los servicios de atención primaria y de atención especializada con mayor relevancia para la salud de las mujeres.

Por su parte, el artículo 25 bis, relativo a la formación en el ámbito de los servicios sociales y de otros profesionales.

1. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la formación específica en materia de violencia de género a las personas profesionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como el impulso a la investigación y divulgación de los resultados obtenidos.

2. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la **formación específica** en materia de violencia de género de aquellas personas cuya actuación profesional se dirija a **las personas menores de edad en situación de riesgo o desprotección social y a su ámbito familiar**, así como a aquellas que trabajen con autores o con víctimas de actos de violencia de género. En dicha formación se tendrá en consideración la diversidad de las víctimas, **particularmente las que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad**. (...)

El art. 26, relativo al derecho a la información, también hace referencia a las situaciones específicas de las víctimas, dentro de las cuales las niñas y adolescentes menores de edad debieran ser particularmente consideradas:

a) Recibir en cualquier momento información, asesoramiento y atención **adecuada a su situación personal y necesidades específicas**. (...).

El art. 27.3, relativo al derecho a la atención especializada, señala que la Administración de la Junta de Andalucía “desarrollará programas específicos **para víctimas de violencia de género especialmente vulnerables**”.

El art. 33, relativo a los **planes de salud**, señala en su punto 2.

2. La detección precoz de las situaciones de violencia de género será un objetivo en el ámbito de los servicios de salud, tanto públicos como privados. A tal fin, la Consejería competente en materia de salud establecerá los programas y actividades más ade-

cuados para lograr la mayor eficacia en la detección de estas situaciones, y se considerará de forma especial la situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social, explotación sexual o las mujeres con discapacidad. Estas disposiciones afectarán a todos los centros sanitarios autorizados en el ámbito de Andalucía.

El art. 45 de la ley, aunque tampoco hace una referencia específica a las niñas y adolescentes menores de edad, puede ser también perfectamente aplicable, en cuanto se trata de colectivos “especialmente vulnerables”. Al respecto la referida norma señala:

#### Artículo 45 Atención a colectivos especialmente vulnerables

1. La Administración de la Junta de Andalucía facilitará el ingreso preferente en la red pública de centros existentes a las mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan otras problemáticas o situaciones añadidas, en particular enfermedad mental, prostitución, mujeres inmigrantes, discapacidad, mayores sin recursos y mujeres con problemas de adicción. Estos centros contarán con la colaboración de los servicios especializados en la atención a la violencia de género.

2. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género que así lo soliciten en el Programa Individual de Atención (PIA) el ingreso en el Servicio de Atención Residencial para personas mayores o con discapacidad en situación de dependencia, incluyendo aquellas valoradas en grado I (dependencia moderada).

3. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá medidas específicas para la atención a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor de la violencia de género o con la mujer que la haya sufrido.

4. La Administración de la Junta de Andalucía podrá suscribir acuerdos de colaboración con las organizaciones sociales que trabajen en el ámbito de los colectivos especialmente vulnerables para facilitar la detección de los casos de violencia de género y su intervención frente a estos.

En definitiva, la ley contempla numerosas disposiciones que, si bien no son específicas para personas menores de edad, pueden ser la base para intervenciones enfocadas en niñas y adolescentes menores de edad que sufran o puedan sufrir violencias sexuales.

## Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor.

La ley establece el marco jurídico de actuación en materia de promoción y protección de los derechos de los/as niños/as y adolescentes menores de edad en Andalucía. La ley establece que es obligación de las administraciones públicas garantizar sin discriminación todos los derechos humanos de niños/as y adolescentes, tanto reconocidos en la Constitución, como en tratados internacionales y el resto del ordenamiento jurídico (art. 2).

El art. 4, relativo a la defensa de los derechos del menor, señala que los niños, niñas y adolescentes podrán, personalmente o a través de su representante legal:

- a) Dirigirse a las Administraciones públicas en demanda de la protección y asistencia que precisen y solicitar de las mismas los recursos sociales disponibles.
- b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas aquellas situaciones y actuaciones que atenten contra sus derechos y contra su integridad física y moral.
- c) Presentar quejas ante el Defensor del Menor.

Se trata de una disposición relevante, por cuanto permite también la intervención directa de los niños, niñas y adolescentes en las demandas en relación a sus derechos. Se complementa con la disposición del art. 14, relativa al derecho a ser oído, que establece:

1. Las Administraciones públicas de Andalucía garantizarán que el menor que se vea incurso en un procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social **sea oído en el mismo en la forma legalmente establecida**, sin perjuicio de recabarse su consentimiento si fuere necesario.
2. Igualmente, **las Administraciones públicas andaluzas promoverán que el derecho de los menores a ser oídos se haga efectivo en el ámbito familiar y en los procedimientos judiciales**. En cualquier caso, las Administraciones públicas de Andalucía velarán para que, en la aplicación de este derecho, se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Junto con normas generales de prevención en materia de derecho a la intimidad, propia imagen, así como en relación a la regulación de la publicidad (arts. 6 y 7), la ley contempla normas específicas relativas a la **prevención de malos tratos y explotación**, en su art. 8:

1. Las Administraciones públicas de Andalucía desarrollarán programas destinados a adoptar medidas preventivas para evitar que se produzcan situa-

ciones de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales, uso y tráfico de estupefacientes, drogas tóxicas y sustancias psicotrópicas, mendicidad infantil, explotación laboral, exposición y venta de menores o cualquier otra circunstancia que pueda interpretarse como explotación de los mismos.

2. Para la detección y denuncia de las situaciones señaladas en el apartado anterior, las Administraciones públicas de Andalucía establecerán los **mecanismos de coordinación adecuados, especialmente en los sectores sanitario, educativo y de servicios sociales**.

El art. 10.6 señala en particular que “los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están **especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes** de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal **aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores**, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor”. La misma obligación pesa sobre los titulares de los centros educativos y el personal de los mismos, de acuerdo al art. 11.5. De acuerdo al art. 56 c) de la ley, constituye una **infracción grave “no dar cuenta** a la entidad pública, autoridad judicial o Ministerio Fiscal de la **posible situación de riesgo o desamparo** en que pudiera encontrarse un menor, por parte de aquellas personas que por su cargo, profesión o función deban tener un especial conocimiento de ello”.

En el Título II se encuentran las normas específicas respecto a la **protección** de niños, niñas y adolescentes, entendiéndose por protección “el conjunto de actuaciones para la atención de las necesidades del menor tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada” (art. 17). Respecto a las competencias, el artículo 18 señala:

1. Las Corporaciones Locales de Andalucía son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo.
2. La Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario. Igualmente, es la entidad pública competente para el ejercicio de las funciones de protección de menores que implican separación del menor de su

medio familiar reguladas en los capítulos III y IV del presente título. (...)

Es particularmente importante lo señalado en el art. 18.5, de acuerdo al cual “**cualquier persona o entidad** y, en especial, las que por razón de su profesión o finalidad **tengan noticia de la existencia de una situación de riesgo o desamparo de un menor, deberá ponerlo en conocimiento de cualquier autoridad**, que inmediatamente lo comunicará a la Administración competente, Autoridad Judicial o Ministerio Fiscal. En caso de particulares, se mantendrá el anonimato del comunicante si así lo desea.”.

De acuerdo al art. 22 de la ley, se consideran **situaciones de riesgo** aquellas “en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar”. En tanto, se consideran **situaciones de desamparo** –entre otras- aquellas en que el medio familiar no es seguro para los niños, niñas o adolescentes, como “la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas” (art. 23.1 c).

## Cataluña

### Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista

El artículo 2.2 de esta Ley señala que todas las referencias a las mujeres incluidas en la Ley incluyen también las niñas y las adolescentes, a menos que se indique lo contrario.

Además, el artículo 7, en los principios orientadores en las intervenciones de los poderes públicos, incluye **criterios de actuación** que han de considerar específicamente la situación de niñas y adolescentes y sus necesidades particulares:

c) La consideración del carácter integral de las medidas, que deben tener en cuenta todos los daños que las mujeres y las menores sufren como consecuencia de la violencia machista, también los daños sociales y económicos, y los efectos de esta violencia en la comunidad. (...)

e) La debida consideración de las particularidades territoriales, culturales, religiosas, personales, socioeconómicas y sexuales de la **diversidad de las mujeres en situación de violencia machista, así como sus necesidades específicas**, con la condición de que ninguna particularidad justifica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. (...)

g) El compromiso que la construcción de las respuestas a la violencia machista debe hacerse desde

las necesidades específicas y las experiencias de las mujeres en situaciones de violencia, a partir de las metodologías y las prácticas que desde la sociedad civil y académica y las organizaciones feministas en especial han ido definiendo por medio de la experiencia.

El artículo 8.2, en relación con la investigación en materia de violencia machista, expone que se debe considerar el impacto diferente que tiene esta violencia en colectivos específicos de mujeres y niñas que indirectamente o directamente la sufren.

En relación con las niñas y adolescentes son particularmente relevantes las disposiciones relativas al ámbito educativo. El artículo 11 de la Ley establece, por ejemplo, que “todas las personas profesionales, especialmente profesionales de (...) la educación, deben **intervenir obligatoriamente cuando tengan conocimiento de una situación de riesgo o de una evidencia fundamentada de violencia machista**, de acuerdo con los protocolos específicos y en coordinación con los servicios de la Red de Atención y Recuperación Integral”. Se incluyen también los contratos que las administraciones públicas de Cataluña suscriban con personas o entidades privadas que prestan servicios en estos ámbitos profesionales -como centros de enseñanza concertados-, que deben recoger expresamente las obligaciones de intervención, sin perjuicio del deber de comunicación de los hechos a los cuerpos y fuerzas de seguridad o al Ministerio Fiscal.

Además, la Ley señala que se debe garantizar la aplicación de los principios de la coeducación para la prevención de las violencias machistas (artículos 12, 13 y 14 de la ley). Asimismo, se ha de facilitar la formación y la capacitación del profesorado, incluyendo “las herramientas metodológicas de actuación ante situaciones concretas de violencia machista” (artículo 15.2).

### Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia

La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (2010)<sup>59</sup> recoge toda la legislación actual catalana sobre la infancia y la adolescencia, tal como señala en el preámbulo:

(...) reúne en un solo instrumento jurídico, a modo de código de la infancia y la adolescencia, ambas regulaciones: por un lado, la destinada al niño y al adolescente en general (...); y, por otro, la destinada a regular la protección de los niños y los adolescentes cuando los mecanismos sociales de prevención no han sido suficientes y se han producido situaciones de riesgo o de desamparo que hay que paliar con las medidas necesarias de intervención pública para garantizar que estas situaciones no se traduzcan en perjuicios irreparables para el niño o el adolescente.

<sup>59</sup> Aprobada por el Parlamento de Cataluña el 12 de mayo de 2010.

La Ley quiere atender, proteger y promocionar el bienestar personal y social de niños/as y adolescentes, y garantizar el ejercicio de los derechos y las responsabilidades. Sitúa a niños/as y adolescentes como sujetos de derechos y oportunidades y actualiza la normativa que hasta ahora había en este campo para adaptarla a las nuevas necesidades y circunstancias sociales.

El artículo 8 de la Ley establece la norma básica sobre protección contra los malos tratos:

Cualquier niño o adolescente debe ser protegido de cualquier forma de maltrato, que incluye el maltrato físico, el psicológico, la negligencia, el trato indigno, la explotación laboral, la explotación y el abuso sexuales, la corrupción, la manipulación, el mal uso de su imagen y cualquier otra forma de abuso.

Los poderes públicos han de desarrollar actuaciones para prevenir, tanto en el ámbito individual como en el ámbito social, las formas más habituales de maltrato que se den a los diferentes lugares y entornos socio demográficos de Cataluña, incidiendo sobre las situaciones de riesgo, tal como son definidas por esta ley.

La Administración responsable de un servicio público que atiende niños/as o adolescentes, tanto en régimen ambulatorio como de internado, debe corregir de forma inmediata las situaciones en que resulten perjudicadas las necesidades básicas de desarrollo personal o de educación del niño/a o adolescente.

La Ley señala, en el artículo 10, que los poderes públicos **“deben introducir la perspectiva de género** en el desarrollo y la evaluación de las medidas que adoptan en relación a los niños y los adolescentes, por lo que en todas las actuaciones y todos los programas dirigidos a ellos se tenga en cuenta que son chicos y chicas y que pueden tener necesidades iguales o específicas”.

De acuerdo con la Ley, las administraciones públicas deben desarrollar las actuaciones necesarias para prevenir cualquier tipo de maltrato hacia niños/as o adolescentes (artículo 74) y para protegerlos, especialmente ante cualquier forma de violencia física, psíquica o sexual (artículo 81). Si el maltrato se ha producido en el ámbito familiar, se deben priorizar las medidas de protección que permitan la permanencia del niño/a o adolescente en un entorno familiar libre de violencia y el alejamiento de la persona maltratadora (artículo 84.1).

La Ley también regula el **registro unificado de maltrato infantil**, que en centraliza toda la información e integra todas las notificaciones procedentes de los diferentes ámbitos relativas a un/a mismo/a niño/a o adolescente que se incorporarán dentro del sistema de información y gestión en infancia y adolescencia (artículo 86).

Establece, por otra parte, la **necesidad de coordinación entre los diversos organismos, a fin de evitar la victimización secundaria** de niñas, niños y adoles-

centes. Se deben evitar los perjuicios causados a la víctima debido al desarrollo del proceso penal posterior al delito. En particular, en el procedimiento penal se deben proporcionar los medios necesarios para evitar la confrontación visual con el imputado y que el personal técnico transmita las preguntas formuladas asegurando la práctica de la prueba anticipada establecida por la Ley de enjuiciamiento criminal. Durante la fase de investigación o instrucción se deben evitar las dobles exploraciones o que se repitan las recogidas de muestras, gracias a la coordinación de las actuaciones clínicas y forenses (artículo 87).

Tal como señala el preámbulo, la protección del niño/a y adolescente debe estar por delante del derecho del Estado a castigar, por lo que **ante el resultado incierto del proceso penal siempre debe prevalecer la protección de la víctima**, niña, niño o adolescente, ya que es del todo intolerable que, incluso con la finalidad lógica de castigar a la persona culpable, se cause un nuevo trauma al niño/a o adolescente que presumiblemente ha sido víctima de malos tratos o abusos sexuales.

Además de la especialización y la formación de los Mossos d'Esquadra (artículo 88), la Ley también prevé que la administración de la Generalitat, a través del departamento competente en infancia y adolescencia, debe crear un **servicio de atención especializada dirigido a niños y adolescentes víctimas de abuso sexual** y velará especialmente por la prevención y la detección activa de los abusos sexuales contra niñas y niños. Asimismo, debe promover buenas prácticas de prevención activa de los abusos y también la formación continua de las personas profesionales de la red social en cuanto a la prevención y la detección de abusos sexuales (artículo 93). Más de seis años después de aprobada la Ley y sólo ante la creciente demanda social en el contexto de los abusos sexuales en un colegio concertado en Barcelona, este servicio de atención especializada fue creado por Acuerdo GOV/65/2016, de 17 de mayo, por el que se crea la **Comisión Interdepartamental para el Impulso de la Protección Efectiva ante los Maltratos a Niños y Adolescentes** (DOGC núm. 179, de 19 de mayo de 2016).

Todas las y los profesionales, de acuerdo con el artículo 100 de la ley, especialmente en el ámbito de la salud, servicios sociales y la educación, deben **intervenir obligatoriamente** cuando tengan conocimiento de la situación de riesgo o de desamparo en que se encuentra un niño/a o adolescente, de acuerdo con los protocolos específicos y en colaboración y coordinación con el órgano de la Generalitat competente en materia de protección de niños/as y adolescentes. Esta obligación incluye facilitar la información y la documentación necesaria para valorar la situación del niño/a o adolescente. Cuando la Administración pública suscriba contratos con personas o entidades privadas que tengan que prestar servicios en los referidos ámbitos profesionales, deben recoger expresamente las obligaciones de intervención.

De acuerdo con la Ley, la **situación de riesgo** es aquella “en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre que para la protección efectiva del niño o el adolescente **no sea necesaria la separación del núcleo familiar**” (artículo 102). Sobre la base de esta definición, **todos los casos de violencias sexuales constituyen, al menos, situaciones de riesgo.**

#### Artículo 103. Intervención de los servicios sociales

Los servicios sociales básicos deben valorar la existencia de una situación de riesgo y promover, en su caso, las medidas y los recursos de atención social y educativa que permitan disminuir o eliminar la situación de riesgo buscando la colaboración de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda.

(...) Si el riesgo es grave y con la intervención de los servicios sociales básicos no se consigue disminuir o controlar la situación de riesgo, dichos servicios deben elevar el informe con la valoración de la situación de riesgo que persiste en el niño o el adolescente, el resultado de la intervención y la propuesta de medidas que consideren oportunas a los servicios sociales especializados en infancia y adolescencia.

Si la violencia sexual fuera ejercida **en el ámbito familiar, podría constituir una situación de desamparo:**

#### Artículo 105.2. Son situaciones de desamparo:

(...) b) Los malos tratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de estas personas.

(...) g) La inducción a la mendicidad, la delincuencia o la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.

(...) e) La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo.

Cabe señalar, sin embargo, que la mayor parte de supuestos previstos en la Ley se refieren a situaciones en que los progenitores no cumplen debidamente con su papel o existe conflicto con la niña, niño o adolescente. Casos como abusos sexuales en el ámbito educativo o del ocio no se abordan de una manera comprensiva en esta Ley.

## Protocolos

En septiembre de 2006 se firmó un **Protocolo de actuaciones en casos de abusos sexuales a personas menores de edad**, firmado por la Delegación del Gobierno del Estado en Cataluña, la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Fiscalía jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Departamento de Justicia, de Interior, de Educación y Universidades, y de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña y el Síndic de Greuges. El protocolo fue impulsado por el Síndic de Greuges, después de que una niña de cinco años sufrió de abusos por parte de su padrastro de forma continuada y brutal y ningún organismo lo había detectado. A raíz del caso, conocido como “caso Alba”, se detectaron profundas carencias en el sistema y se reconoció la necesidad de coordinar las actuaciones relativas a este tipo de criminalidad.

La finalidad del Protocolo ha sido **asegurar una coordinación eficaz** entre las diferentes administraciones implicadas y favorecer, sin merma de las garantías procesales, asistenciales y de protección, y de acuerdo con la legislación actual y con respeto a la independencia del poder judicial, que las actuaciones que se lleven a cabo hacia el niño o niña tiendan a ser sólo las estrictamente necesarias para evitar la repetición de diligencias, declaraciones y exploraciones de las personas menores de edad.

Como **principios generales de actuación**, el Protocolo plantea, entre otros, el interés superior de la niña o el niño y la protección de sus derechos como víctima, la intervención coordinada, la atención de manera inmediata y ágil y una atención especial en los procesos de detección y comunicación de las situaciones de abuso sexual o maltrato.

El Protocolo distingue entre situaciones en las que hay sospechas fundadas de abusos y aquellas en las que hay certeza. De esta manera, el Protocolo define los circuitos entre las instituciones con competencia en cada uno de estos casos, aunque deja la organización interna en manos de cada administración<sup>60</sup>. Por ejemplo, si en un centro de enseñanza hay sospechas fundadas de abusos, la dirección del centro lo comunicará a la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA) y a la Fiscalía. Si se trata de una certeza, además de estas comunicaciones, en primer lugar, se debe derivar el caso al hospital de referencia.

Además, hace una serie de **recomendaciones y propuestas generales**, tales como que los procedimientos no sufran dilaciones innecesarias, que se impulse la formación especializada de las personas profesionales que intervienen en este ámbito, que se cree un registro unificado de maltratos y abusos a niñas y niños con el objetivo de asegurar la información necesaria a todas

<sup>60</sup> Por ejemplo, el protocolo específico de Enseñanza no se hizo hasta 2012, es decir, seis años después de que se aprobara el Protocolo Marco.

las instituciones y mejorar la eficacia en el proceso de detección de casos.

A pesar de la relevancia de la existencia de este Protocolo y sus disposiciones, diversos casos han evidenciado que no se aplica con el rigor que correspondería. De hecho, en el llamado “caso Maristas” el centro de enseñanza no informó la DGAIA, a pesar de que el profesor acusado reconoció los abusos, y tampoco lo hicieron los Mossos d’Esquadra cuando hicieron la investigación, ni la Fiscalía, que archivó el caso de una de las familias afectadas y decidió no continuar con el proceso penal<sup>61</sup>.

El propio Síndic de Greuges consideró que había faltado difusión del Protocolo, formación de profesionales y sentido de obligatoriedad del cumplimiento<sup>62</sup>, también en cuanto a los centros educativos concertados y no públicos. Como ya se ha dicho, esta obligación no sólo está prevista en el referido Protocolo, sino también en el **artículo 11 de la Ley 5/2008**, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que establece que todas las personas profesionales, especialmente profesionales de la salud, los servicios sociales y de la educación, deben **intervenir obligatoriamente cuando tengan conocimiento de una situación de riesgo o de una evidencia fundamentada de violencia machista**, como ya se ha señalado.

Mediante el Acuerdo Gov/45/2016, de 19 de abril se creó el Comité interdepartamental de seguimiento y coordinación de los protocolos existentes en materia de abuso sexual a menores o cualquier otra forma de maltrato. Mediante este acuerdo se prevé la constitución de un comité adscrito al Departamento de Presidencia formado por este departamento, el Departamento de Interior, Departamento de Enseñanza, el Departamento de Salud, el Departamento de Justicia y el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y familias, con las funciones, entre otras, de proponer reformas y modificaciones normativas que ayuden a clarificar ya definir el papel de todas las instituciones implicadas, y de impulsar mecanismos de seguimiento y evaluación de los protocolos y las medidas existentes.

El documento alude a la conveniencia de reforzar la coordinación institucional para garantizar de forma más eficaz y eficiente la seguridad y el bienestar de los niños y adolescentes.

Mediante el Acuerdo GOV/79/2016, de 14 de junio, se aprobó el **Protocolo de actuación entre el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias y el Departamento de Enseñanza, de prevención, detección, notificación, derivación y coordinación de las situaciones de maltrato infantil y adolescente en el**

**ámbito educativo**. Sin embargo, dicho protocolo fue criticado –entre otros, por el Síndic de Greuges<sup>63</sup>– ya que establecía un ámbito de aplicación diferenciado entre los centros sostenidos con fondos públicos y los privados. Mientras el protocolo bilateral anterior, de 4 de junio de 2012, establecía como ámbito de aplicación todos los centros donde asisten niños y adolescentes hasta los 18 años, los centros y servicios que cuidan a niños de menos de seis años y los centros de educación primaria y de educación secundaria y formación profesional, el nuevo protocolo restringió su ámbito de aplicación a “los centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos que conforman el servicio de educación de Cataluña donde se escolaricen alumnos menores de edad”.

Con esta redacción se excluyen todos los centros educativos de titularidad privada sin subvención, es decir, guarderías y jardines de infancia privados, así como los centros privados que imparten enseñanzas obligatorias y no están sostenidos con fondos públicos. En estos casos, el nuevo protocolo establece que se les aplica sólo dos apartados, relativos a principios de actuación e indicaciones para la aplicación y la implantación en los centros, pero no los apartados relativos a la prevención del maltrato, la detección y el circuito de intervención.

Finalmente, en julio de 2017 fue aprobado el **Protocolo marco de actuaciones contra el maltrato a niños y adolescentes de Cataluña**<sup>64</sup>, con el objetivo de atender cualquier maltrato mediante una intervención coordinada y eficaz de los departamentos de la Generalitat y en la medida del posible del resto de administraciones abordando tanto la detección como la atención y la recuperación. Los departamentos directamente implicados en esta coordinación son los competentes en los ámbitos social, de salud, educativo, de ocio, de participación y deporte, policial y judicial, de ejecución penal y de políticas de mujeres.

Este protocolo se convierte en el instrumento básico para garantizar unos estándares mínimos en la atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato con independencia de su sexo, nacionalidad, discapacidad, condición social y ubicación territorial. El protocolo también señala que se debe “trabajar por la no discriminación de las mujeres menores de edad, reconociendo el carácter específico y diferenciado de la **violencia contra las mujeres menores de edad como violencia machista**, y se debe garantizar a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros o intersexuales (LGBTI) la protección contra cualquier tipo de violencia o discriminación”.

Entre otros aspectos, el nuevo protocolo señala que el

61 La Vanguardia, 16 de febrero de 2016. El Síndic, sobre los abusos sexuales a los Maristas: “Ha fallado estrepitosamente la aplicación del protocolo de 2006” <http://www.lavanguardia.com/local/barcelones-nord/20160216/302212445566/> / el-sindico-sobre-los-abusos-sexuales-en-maristas-ha-fallado-estrepitosamente-l-aplicacion-de-protocolo-de-2006.html

62 Ibidem.

63 Ver: Síndic de Greuges (2016), Informe sobre L’Abús Sexual Infantil a Catalunya. Octubre 2016. Disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4210/Informe%20abus%20sexual%20infantil\\_cat\\_okdef.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4210/Informe%20abus%20sexual%20infantil_cat_okdef.pdf)

64 Disponible en [http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits\\_tematicos/07infanciaiadolescencia/DEST\\_columna\\_dreta/documents/Protocol-Marc-Maltractament-IA.pdf](http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematicos/07infanciaiadolescencia/DEST_columna_dreta/documents/Protocol-Marc-Maltractament-IA.pdf)

**derecho a ser oído** para los niños, niñas y adolescentes, debe interpretarse de acuerdo a la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño/a. También reconoce el **derecho a la asistencia jurídica gratuita e inmediata**, en conformidad con la OG 13 del mismo Comité.

El documento define el maltrato infantil como toda “acción, omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño o adolescente de sus derechos y de su bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad”. El propio protocolo señala que para la interpretación de esta definición y todos los conceptos y criterios establecidos en el protocolo se estará a lo establecido en el Observación general núm. 13 (2011), del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre “el derecho del niño/a a no ser objeto de ninguna forma de violencia”.

El protocolo considera que, dentro del maltrato en el ámbito familiar, los abusos sexuales como constitutivos de una situación de desamparo del niño, niña o adolescente, cuando sean cometidos “por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de estas personas”. Asimismo, es constitutiva de situaciones de desamparo “la violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno socio-familiar del niño o adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo”.

El protocolo reconoce también el maltrato fuera del ámbito familiar, así como el maltrato institucional, entendido como el “maltrato provocado por cualquier legislación, programa, servicio, actuación o procedimiento procedente de los poderes públicos o privados y de sus actuaciones, cuando vulneran los derechos básicos de los niños o adolescentes”.

El abuso sexual es definido como “toda actividad impuesta por un adulto a un niño contra la que tiene derecho a la protección del derecho penal. También se considerará abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, las amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se considerarán abuso sexual cuando los niños superen el límite de edad establecido por el Estado Parte para las relaciones sexuales consentidas (que en España es de 16 años)”. El protocolo, además, reconoce expresamente que las niñas y adolescentes menores de edad pueden ser víctimas de violencia machista.

Como novedad, el nuevo protocolo incluye la figura del delegado/a de protección contra el maltrato a niños y adolescentes en los servicios donde se desarrollen actividades organizadas con niños/as y adolescentes, a excepción de los centros educativos, donde esta figura ya está desarrollada.

El Protocolo también contiene unas **pautas genera-**

**les de actuación de los diversos departamentos.** En ellas se incluyen disposiciones relativas a la detección, a la comunicación y evaluación inicial. Aquí se distingue en función de la gravedad de la situación y en relación a los diversos ámbitos: social, educativo, salud, ocio y deporte, policial, justicia, etc. incluyéndose también el ámbito de la entidad pública de protección (DGAIA).

También se incluyen pautas en materia de **evaluación**, donde se incluyen diversos servicios, tales como el servicio básico de atención social, el servicio especializado de atención a la infancia y adolescencia (SEAIA), el servicio de centros de acogida, el servicio de valoración de maltratos infantiles, que se presta desde los equipos de valoración de maltrato infantil (EVAMI). Se incluyen también los **equipos de asesoramiento técnico penal (EATP) del Departamento de Justicia**, que intervienen específicamente en los casos de posible abuso o agresión sexual, con el objeto de evitar la revictimización de niños/as o adolescentes. Al respecto, el protocolo incluye referencias específicas **en relación a la toma de la declaración judicial:**

Toda declaración ante el órgano judicial de un niño o adolescente se debería hacer mediante el Programa de apoyo a la exploración judicial que llevan a cabo los equipos de asesoramiento técnico penal (EATP) para tener en cuenta sus características psicosociales a la hora de declarar (estado emocional, alteraciones psicopatológicas, memoria, desarrollo del lenguaje, etc.). Este programa es instancia del órgano judicial, quien cita a toda la comitiva judicial que debe estar presente. Es llevar a cabo, en líneas generales con niños de 3 a 14 años, por su adquisición del lenguaje y con testigos que presenten una especial vulnerabilidad.

Para reducir el número de declaraciones **se velará por que esta primera declaración sea útil para la instrucción de la causa y pueda convertirse en prueba pre constituida** para la vista oral, y, en su caso, como una herramienta para el análisis de la credibilidad del relato y de la valoración psicológica para informes periciales.

El interrogatorio del niño debe registrarse con imagen y sonido, y en un soporte adecuado.

Es necesaria la preparación psicológica y emocional del niño para la exploración con una entrevista previa con los padres o tutores y una presentación de los profesionales con el niño antes de la aplicación del programa de apoyo a la exploración judicial.

En relación a la elaboración de los informes periciales:

Para la elaboración de los informes periciales en que se debe valorar y evaluar la credibilidad del niño, así como el posible impacto y secuelas psicológicas y la valoración de las medidas de protección a adoptar utiliza su declaración ya registrada como base y así **evitarle nuevas entrevistas y exploraciones.**



Para una correcta atención del niño se debe velar para que **haya una buena coordinación con todos los profesionales** que intervengan o hayan hecho algún tipo de actuación.

Se considera crítico establecer unos **plazos mínimos de respuesta** dado que la experiencia nos indica que es el elemento clave para desvincular la víctima del proceso penal y que en caso de que fuera necesario, pueda ser atendida exclusivamente y sin interferencias, en la vertiente terapéutica.

El protocolo también incluye **recomendaciones de buenas prácticas para los órganos judiciales** (ya que su acción queda fuera de la competencia de la Generalitat y, por tanto, de este protocolo), tanto en la fase de instrucción como en la del juicio oral, todas ellas con miras a evitar la revictimización de los/as niños/as y adolescentes.

El protocolo además contiene pautas relativas al tratamiento y seguimiento de los casos. A este respecto, en el ámbito de DGAIA, todos los casos de violencia sexual que lo requieran se deben “prestar atención especializada de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo. Este servicio debe ser prestado por profesionales especializados y terapeutas, debe ser integral, garantizado, gratuito, multidisciplinar y se incluirá en la próxima Cartera de servicios sociales.”. También se incluyen disposiciones relativas al ámbito educativo y sanitario.

### 3.2.4. Principales problemas en el acceso a la justicia

El marco jurídico existente debería suponer una mayor garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes ante las violencias sexuales, pero en la práctica todavía existen varios problemas para el acceso a la justicia en estos casos.

Un problema general de la relación entre las personas menores de edad y el sistema judicial, como señalan Alarcón y otros (2010: 39) “se deriva de la necesaria obtención de evidencia sobre los hechos a partir del testimonio del menor. En la mayor parte de los casos de abuso sexual, la única evidencia de que se dispone es, precisamente, lo que la menor o el menor explican sobre lo que ha pasado. La situación de prestar testimonio durante un proceso judicial y, fundamentalmente, durante la vista oral es extraordinariamente problemática para el menor: este debe contestar preguntas que a menudo no comprende, debe recordar también los elementos dolorosos del abuso y, en muchas ocasiones, en presencia del agresor.”

Asimismo, se señala también que la desconfianza en el testimonio de personas menores de edad ha sido muy extendida en los sistemas judiciales no sólo en nuestro país, a lo que ha contribuido también una cierta falta de información desde el ámbito de la psicología. En particular, la desconfianza se basa en la consideración de

que las niñas y los niños tienen una memoria limitada y son muy sugestionables. Esta desconfianza se traduce en estereotipos respecto de la conducta sexual de las personas adolescentes:

Actualmente, desde la psicología forense “se suele utilizar básicamente un instrumento para establecer la credibilidad en los testigos infantiles: CBCA (Análisis de Contenido Basado en Criterios, Based Content Analysis) y SVA (Statement Validity Assessment). La CBCA fue creada como instrumento para evaluar el grado de credibilidad de los testimonios de niñas y niños en casos de abusos sexuales. Si bien se admiten testimonios a partir de los tres años, no sólo se debe considerar la edad, sino también de la etapa de desarrollo cognitivo en el que está la niña o el niño (habilidades lingüísticas, capacidad de crear imágenes, memoria y razonamiento)” (Alarcón et al., 2010: 40). El fenómeno de las denuncias falsas de niños/as ha sido objeto de varios estudios de acuerdo con los cuales las tasas de denuncias falsas oscilan entre el 2% y el 8% de todos los relatos de abuso de niñas y niños y adolescentes. (Alarcón et al., 2010: 42).

Obviamente, uno de los principales problemas es también la desconfianza hacia el entorno familiar, que puede haber “contaminado” el testimonio de la niña o adolescente. Este problema es bastante complejo si consideramos que es evidente que, en casos de niñas o adolescentes, que no pueden denunciar por ellas mismas, necesariamente antes deben explicar lo que les ha pasado a la madre o el padre o la persona representante legal, sin lo cual es imposible que ni siquiera se detecten estos casos.

Por el contrario, como señala la **Ley del Estatuto de la víctima del delito**, y para reducir la victimización secundaria de las personas menores de edad, se intenta que sean objeto de las menos declaraciones posible. Aunque, en general, deberían declarar sólo una vez en diligencias previas y otra vez en el juicio (sin considerar las entrevistas que tengan lugar en el marco de la evaluación de la credibilidad), hay excepciones y las juezas y jueces pueden pedir más declaraciones.

Además, una gran parte de las medidas que incluye el Estatuto de la víctima del delito, aunque constituyen avances importantes para los derechos de niñas y niños que han sufrido violencias sexuales, **la propia redacción de varias de las disposiciones más garantistas contiene excepciones que permiten relativizar su procedencia**. Así, por ejemplo, las medidas para evitar el contacto entre la víctima y el infractor o que las víctimas no hayan de prestar su testimonio de manera reiterada prevista pueden ser denegadas cuando motivadamente resuelva lo contrario la funcionaria o funcionario o la autoridad encargada de la práctica de la diligencia “para garantizar su correcto desarrollo”.

Estas excepciones hacen que, en la práctica, estos derechos puedan acabar siendo una declaración de inten-

ciones más que una práctica garantista de los derechos de las víctimas de delitos. En este sentido cabe destacar que se encuentra en trámite una **petición ante el Parlamento Europeo**, presentada por diversas personas y entidades<sup>65</sup>, en la que se ha denunciado al Estado español por el **incumplimiento en la correcta transposición de las directivas europeas respectivas**, esto es, la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En tal petición, entre otros, se subrayan los siguientes incumplimientos:

- **Falta de especialización del personal**, en la medida que en el estado español los procedimientos de selección de personal de los servicios administrativos de justicia, menores y familia no requieren formación específica ni en violencia de género ni en el área de atención a víctimas menores de edad. En cuanto a la formación continuada, consiste en cursos de corta duración, que no son obligatorios.

- Sobre la obligación de **evitar la repetición de intervenciones y que las mismas sean realizadas por el/la mismo/a profesional, existen contradicciones en la misma ley** del Estatuto de la Víctima. En efecto, de acuerdo al art. 23 del Estatuto, la evaluación individualizada se realizaría en las oficinas de atención a la víctima, quien podría, a su vez, ser derivada a servicios más especializados. Además, las oficinas de atención a la víctima no cuentan con profesionales con formación específica ni en violencia de género ni en atención a víctimas menores de edad.

- **La dotación insuficiente de los servicios genera esperas exageradas** para la recogida del testimonio, y cuando ésta se produce, se trata intervenciones de muy corta duración en las cuales el equipo técnico debe tomar todos los datos necesarios para poder realizar la evaluación, lo que conoce como **“entrevista exprés”**, sin que exista un estudio inicial para saber si se encuentra en condiciones de ofrecer el relato de los hechos, y psicométrico para conocer datos de madurez, salud psíquica y emocional, o la presencia de posibles mecanismos psicológicos derivados de situaciones traumáticas. Además, **las víctimas necesitan encontrarse confiadas para poder ofrecer un relato en las mejores condiciones**, la revelación de hechos de tal gravedad es un proceso que no siempre concluye en una única entrevista.

- **Los espacios en los que se realizan las entrevistas con niños, niñas y adolescentes** se encuentran en la inmensa mayoría en el interior de las propias dependencias judiciales y se caracterizan por **no estar en absoluto adaptados** a lo que se considera

mobiliario para uso infantil.

- A menudo en los juzgados no se impide la confrontación visual de las víctimas con los agresores, especialmente en lo que se refiere a los espacios de espera, causándose de esta manera un daño a las víctimas y dificultando que su testimonio se produzca sin presiones.

- **La utilización del biombo como medio para impedir el contacto visual no es eficaz para proteger a la víctima de múltiples formas de amedrentamiento** utilizadas por el agresor: respiración, sonidos producidos por el movimiento corporal, resoplidos, etc. Lo correcto, por lo tanto, sería que en ningún momento víctima y victimario compartan sala, pudiendo habilitarse un medio tecnológico que permita al acusado el seguimiento de la vista desde una dependencia separada de aquélla en la que se encuentra la víctima.

- **Reiteradamente se evita que los niños, niñas y adolescentes puedan ser acompañados/as por personas de su confianza**, pues actúa de manera desproporcionada el prejuicio de la “denuncia falsa” y se entiende que el niño, niña o adolescente podría sufrir presiones para declarar en falso.

- **Argumentación sesgada y arbitraria del “bien superior del niño/a” para justificar la imposición de medidas**, como un régimen de visitas o custodia contra la voluntad de los/as niños/as afectados/as. En este sentido, cabe recordar la decisión del Comité CEDAW en el caso de Ángeles González Carreño v. España, en que precisamente la niña fue forzada a un régimen de visitas con su padre, quien acabaría quitándole la vida durante tales visitas.<sup>66</sup>

- **Vulneración del derecho a ser escuchado/a**. A pesar de ser un derecho reconocido por la normativa nacional e internacional, a menudo queda sin contenido, transformándose sólo en una formalidad. Es habitual que, una vez realizada la escucha, el tribunal determine no tomar en consideración la opinión manifestada, como ocurrió en el ya referido caso analizado por el Comité CEDAW.

- **Negación del derecho a la atención psicológica si no hay acuerdo de ambos progenitores**. En la mayoría de las comunidades autónomas no se concede atención psicológica sin el conocimiento y/o consentimiento de ambos progenitores, lo cual implica en situaciones de violencia de género y de maltrato infantil a manos del progenitor, solicitar el consentimiento al victimario, con el consiguiente riesgo para las víctimas<sup>67</sup>.

- **Utilización del llamado “síndrome de alienación parental” (SAP) para justificar decisiones contra-**

65 Petición nº 1233/2015, presentada por E. G. V, de nacionalidad española, sobre la situación de las mujeres y menores maltratados.

66 Dictamen C/58/D/47/2012 del Comité CEDAW.

67 El gobierno ha señalado que promoverá una reforma legal al respecto: <http://www.elmundo.es/espana/2018/08/01/5b60b5f8468aeb3a3b8b46a7.html>

**rias a los derechos de las/os niños/as.** El SAP<sup>68</sup>, a pesar de no ser un “síndrome” reconocido por las ciencias médicas, ha tenido amplia repercusión a nivel judicial español desde hace más de una década. En base a este supuesto síndrome (aunque eventualmente sin citarlo expresamente, debido a su creciente descrédito) se implementan una serie de medidas coactivas dirigidas tanto hacia las madres<sup>69</sup> como hacia los hijos e hijas que denuncian violencia por parte de sus padres, tales como: multas, amenaza de aislamiento temporal entre los niños, niñas y adolescentes y la familia materna, amenaza de ingreso de la madre en prisión por desobediencia, amenaza de ingreso en centro de menores mientras persista la actitud de los niños, niñas y adolescentes, castigos siempre que recuerden, nombren o pidan ver a la madre, amenaza de cambio de custodia, materialización de las amenazas. Para la realización de estas medidas el juzgado puede solicitar la intervención de las fuerzas de seguridad.

En un sentido similar, es decir, de la **falta de credibilidad hacia las madres** de hijos/as que denuncian violencia sexual por parte de sus padres, es importante señalar que un estudio cuantitativo en Cataluña determinó que “si la madre era la denunciante, era menos probable que el caso llegara a juicio, algo que ocurrió en el 17% de los casos, mientras que la tasa de juicios llegó al 60% cuando la primera denuncia provino del padre u otros miembros de la familia”<sup>70</sup>. Esto parece indicar que los padres cuentan con 3 veces más credibilidad que las madres.

Sin embargo, estos estereotipos también se encuentran en el ámbito sanitario. En el caso de Cataluña, la Moción 152/XI del Parlamento de Cataluña, sobre los abusos sexuales y la salud<sup>71</sup>, también se aludió a la tendencia de determinadas unidades especializadas en abusos sexuales infanto-juveniles, a hacer evaluaciones de las madres de las víctimas, lo cual está totalmente fuera del ámbito de sus pericias. En estas evaluaciones también se diagnostica el SAP u otras variantes terminológicas, como la “preocupación mórbida”. Por ello, el Parlamento de Cataluña ha instado al Gobierno –entre otros- a:

68 Teoría creada por el médico estadounidense R. Gardner, defensor activo y público de la pedofilia, que sostiene que los/as hijos/as que acusan a sus padres de violencia sexual contra ellos/as han sido inducidos (a través de un “lavado de cerebro”) por sus madres a hacerlo, con el objeto de dañar la figura paterna.

69 El Estudio Jurisprudencial sobre el Impacto del SAP en los Tribunales Asturianos (editado por Abogadas para la Igualdad) identifica un sesgo de género en la aplicación del SAP, ya que a las madres que ‘alienan’ a sus hijos/as contra el padre se las aleja de ellos/as, mientras que los padres que ‘alienan’ a sus hijos contra su madre no se les aplica medida de alejamiento ni restricción de contacto alguno. Ver en <https://www.apmj.pt/images/PDF/documentacao/Estudio%20Jurisprudencial%20Impacto%20SAP.pdf>

70 Tamarit Sumalla, José; Guardiola, Ma Jesús; Padró Solanet, Albert; Hernández-Hidalgo, Patricia (2017). The judicial pursuit of the sexual victimization of children: How the criminal justice system processes cases. *International Review of Victimology*, Vol. 23(2) 123–144.

71 302-00175/11, aprovada Ple del Parlament, sessió 40, 27.07.2017, DSPC-P 77, Publicació: BOPC 489.

c) Velar porque cada uno de los equipos multidisciplinarios disponga de especialistas sanitarios y trabajadores sociales, con formación en género y en abordaje e intervención de las violencias sexuales, tal como indican los estándares de servicio del Protocolo marco para una intervención coordinada contra la violencia.

d) Incluir en la red de adultos la atención a las violencias sexuales a adolescentes de entre quince y dieciocho años, salvo los que ya están siendo atendidos en la red infantil y juvenil, si así se determina.

e) Establecer canales fluidos de comunicación, coordinación y cooperación entre los equipos multidisciplinarios integrales y los servicios de atención primaria. Así mismo, los **informes y las evaluaciones que lleguen de los servicios de atención primaria tienen que tener validez** y los equipos multidisciplinarios integrales los tienen que tener en cuenta.

j) Fomentar que se establezcan **consensos entre la comunidad científica, los colegios profesionales y los expertos para unificar la terminología empleada en los informes**, evitando cualquier referencia de diagnóstico al síndrome de alienación parental o a cualquier otra variante terminológica con qué sea conocida.

k) **Crear un comité de revisión de diagnósticos de abusos sexuales** a menores para determinar, si procede, a demanda de las madres, los padres, el tutor legal o el mismo niño, la necesidad de obtener una **segunda opinión**.

l) Hacer formación, de acuerdo con los compromisos establecidos en el Plan de salud 2016-2020, a los profesionales del sistema de salud sobre la detección de las violencias sexuales y sobre la perspectiva de género, tal como indican los estándares de servicio del Protocolo marco para una intervención coordinada contra la violencia.

m) Hacer formación en las facultades de medicina, enfermería, psicología, trabajo social y derecho y en el ámbito de la enseñanza sobre la prevención, detección y atención de las violencias sexuales y sobre la perspectiva de género, aprovechando los profesionales que ejercen una buena docencia.

### 3.3. Diversidad funcional

Las mujeres con diversidad funcional se enfrentan a una confluencia de violencias y discriminaciones no sólo basada en el género, sino también en las habilidades **físicas o psíquicas**<sup>72</sup>. A menudo las personas con diver-

72 Se considera que las mujeres y las niñas con discapacidad tienen más probabilidades de ser víctimas de violencia, y en particular, de la explotación doméstica y sexual. Hay estimaciones que muestran que las mujeres con discapacidad tienen entre 1,5 y 10 probabilidades más de ser víctimas de abusos que las mujeres sin discapacidad; que, dependiendo de si las mujeres viven en la comunidad o en instituciones, se deben tomar medidas concretas para abordar este fenómeno inexcusable que constituye un delito y una violación graves de los derechos humanos; que se facilitará a todas las mujeres pleno acceso a servicios de apoyo, ya que las mujeres y las niñas

Las dificultades de aprendizaje son también víctimas de violencia sexual, probablemente, porque estos ataques son percibidos por las personas atacantes como menos arriesgados, dado que la discriminación que afecta a estas mujeres hace más probable un escenario de impunidad. A menudo, a las personas con dificultades de aprendizaje o problemas de salud mental no se les cree si denuncian haber sido violadas o abusadas, y tanto ellas como las personas con diversidad funcional física pueden tener miedo de denunciar una violación si la persona delincuente es una cuidadora o cuidador o temen la pérdida de atención residencial.

En cuanto a la investigación, hay que considerar que, a menudo, las víctimas con problemas de aprendizaje o que sufren diversas enfermedades mentales son consideradas no creíbles. Por el contrario, los presuntos perpetradores pueden presentarse como muy educados, simpáticos, plausibles y coherentes. Por ello, es fundamental que la investigación se centre en el hecho de cómo las personas acusadas explotan o no la situación de las víctimas y no en la credibilidad de las propias víctimas.

También hay que tener en cuenta que las personas sometidas a tutela no son capaces de reportar delitos o cualquier otra ilegalidad cometida en su contra, dado que sólo la persona tutora designada es quien puede actuar en nombre de la persona bajo tutela. Esto pone en particular riesgo a las personas bajo tutela cuando la persona que la ejerce es también quien comete el abuso o no denuncia los abusos cometidos por otra persona.

Todo ello, sin embargo, no debe interpretarse como una supuesta incapacidad de consentimiento en la esfera sexual para todas las personas que tengan cualquier tipo de diversidad funcional. Se debe considerar que, evidentemente, tienen pleno derecho al ejercicio de una vida sexual plena, sin coacciones ni abusos.

### 3.3.1. Marco jurídico internacional

La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**<sup>73</sup> reconoce que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar en mayor riesgo, tanto dentro como fuera del hogar, de violencia, lesiones, abuso, abandono del tratamiento o negligencia, malos tratos o explotación<sup>74</sup>. Para hacer frente a esta preocupación, la Convención ha adoptado un enfoque para la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres con discapacidad. Tiene como uno de los principios la igualdad entre mujeres

con discapacidad sufren una mayor dependencia emocional, un mayor riesgo de ser víctimas de toda forma de violencia de género, unos niveles inferiores de desarrollo personal y social, como también una ignorancia generalizada en materia de sexualidad y los innumerables y perjudiciales mitos que rodean a esta cuestión; y que hay datos que demuestran que, debido al aumento de la pobreza, se ha producido un incremento de la explotación sexual de las mujeres con discapacidad.

<sup>73</sup> Adoptada el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008.

<sup>74</sup> Párrafo (q) del preámbulo.

y hombres<sup>75</sup> y reconoce que las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de formas múltiples e interseccionales de discriminación por motivos de género y discapacidad. Por ejemplo, las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada y a menudo se ven privadas del control de su salud reproductiva y de adoptar cualquier decisión, al darse por sentado que no son capaces de otorgar el consentimiento a las relaciones sexuales. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones que las de otras personas.

El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** examinó el caso de una persona con discapacidad mental en el caso X y Y versus los Países Bajos (núm. 8978/80) en 1985. Una niña con una discapacidad mental fue violada en el hogar para niñas y niños con discapacidad mental donde vivía por un pariente de la persona a cargo del hogar al día siguiente de su decimosexto cumpleaños (que es la edad de consentimiento para las relaciones sexuales en los Países Bajos). La niña estaba traumatizada por la experiencia, pero fue considerada no apta para firmar una denuncia oficial dada la discapacidad mental. Su padre firmó la denuncia en su lugar, pero el procedimiento no se inició contra el agresor, ya que, de acuerdo con las leyes sobre delitos sexuales, la niña tenía que hacer la denuncia ella misma. Los tribunales internos reconocieron que había un vacío en la ley. La Corte recordó que, aunque el objeto del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo es esencialmente proteger al individuo contra la arbitrariedad de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta obligación principalmente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. En el caso presente, la Corte encontró que la protección ofrecida por la ley civil en el caso de la infracción infligida a la niña era insuficiente. Observando que el Código Penal holandés no le había proporcionado protección práctica y eficaz, el Tribunal concluyó, por tanto, teniendo en cuenta la naturaleza del delito de que se trataba, que había habido una violación del artículo 8 de la Convención.

Este caso pone de manifiesto que los sistemas legales y de justicia deben considerar de una manera comprensiva los diversos supuestos de violencias sexuales hacia personas con discapacidad, otorgándoles las vías idóneas para denunciar los crímenes que pueden sufrir.

El Comité CEDAW también ha hecho recomendaciones específicas en relación con los derechos de mujeres y niñas con diversidad funcional o que no hablan la lengua oficial o mayoritaria que han sido víctimas de violencias sexuales. En el caso RPV versus Filipinas (2014), en particular, el Comité manifiesta:

8.2 El Comité observa que el Estado parte ha incum-

<sup>75</sup> Artículo 3 g).

plido la obligación de proteger la denunciante contra la discriminación por motivos de género, en particular, por no facilitarle el acceso al tribunal en igualdad con otras víctimas como mujer que es, además, sordomuda. En este sentido, observa que las denuncias de la denunciante se refieren, en concreto, al uso por el tribunal de primera instancia de **falsedades y estereotipos de género** sobre la violación y las víctimas de violaciones, que provocaron la absolución del presunto perpetrador; a que el tribunal no tuviera en cuenta su vulnerabilidad como niña sorda y que no facilitó los ajustes razonables sobre esta base, como la **interpretación en lengua de signos**; y a que el tribunal no hizo las actuaciones sin demoras indebidas.

8.5 El Comité observa que la **asistencia gratuita de un intérprete** en los casos en que las partes interesadas, como las personas acusadas o los testigos, no entiendan o no hablen el idioma utilizado en el tribunal, es fundamental para garantizar un juicio justo, que está consagrada en los tratados de derechos humanos y ha sido desarrollada ulteriormente en la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados. Observa que en la presente causa la autora, una joven sorda, entendía únicamente el inglés escrito y no podía escuchar, mientras que las actuaciones, incluyendo las audiencias, se llevaron a cabo en filipino y en inglés hablado y escrito.

En cuanto a los estereotipos de género contenidos en la decisión, el Comité dice:

En primer lugar, que el tribunal de primera instancia esperaba de la denunciante un cierto tipo de comportamiento que una mujer filipina corriente debía demostrar en estas circunstancias, es decir, recurrir “a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y pureza”. En segundo lugar, el tribunal evaluó la conducta de la denunciante de acuerdo con esta norma y llegó a la conclusión de que “el comportamiento de la autora no era coherente con el de una filipina corriente” y con el “nivel razonable de comportamiento de un ser humano”, porque no había tratado de escapar ni de resistirse del acusado, en particular haciendo ruido o utilizando la fuerza. El tribunal declaró que “el hecho de que la denunciante ni siquiera trató de escapar (...) o al menos gritar pidiendo ayuda, a pesar de las oportunidades para hacerlo, pone en duda su credibilidad y hace que la alegación de falta de consentimiento sea difícil de creer”. El Comité considera que, por ellas mismas, las conclusiones revelan la existencia de **fuertes estereotipos que se traducen en discriminación basada en el sexo y el género**, y un desconocimiento de las circunstancias particulares del caso, como la discapacidad y la edad de la denunciante.

### 3.3.2. Normativa estatal

#### Aspectos penales

Los delitos de violencias sexuales cometidos contra personas con cualquier tipo de diversidad funcional, ya sea física o psíquica, se agravan, de acuerdo con el artículo 180, circunstancia 3ª del CP, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de la su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

El artículo 183.4 señala una serie de circunstancias agravantes específicas en el caso de que el delito de abusos sexuales se cometa contra una persona menor de 16 años:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la haya colocado en una situación de total indefensión (...).

Otras normas protectoras se encuentran, por ejemplo, en el artículo 681.3 de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, que señala:

Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o **víctimas con discapacidad** necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hayan sido valoradas para resolver las necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del **Estatuto de la víctima** del delito, hay una consideración especial en relación con las víctimas con discapacidad. El artículo 22, en relación con el derecho a la protección de la intimidad, señala:

Los jueces, los tribunales, los fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de **víctimas con discapacidad** necesitadas de una protección especial.

El artículo 23.2 del Estatuto de la Víctima manifiesta que la **evaluación individual** de las víctimas, a fin de determinar las necesidades especiales de protección, debe tener especialmente en consideración las características personales y en particular si se trata de una persona con discapacidad.

El artículo 23.3, en relación con la adopción de **medi-**

**das de protección a lo largo del proceso penal** para víctimas que sean menores de edad, expone que se ha de tener en cuenta la situación personal, las necesidades inmediatas, la edad, el género, la discapacidad y el nivel de madurez, y se ha de respetar plenamente la integridad física, mental y moral.

Además, también se debe considerar si el delito ha sido cometido por motivos referentes a la discapacidad de la víctima (Artículo 23.3, 7º).

Tal como se ha señalado en el apartado referido a niñas y adolescentes, el artículo 26.1 del Estatuto de la Víctima expone, además, “**medidas de protección para menores y personas con discapacidad** necesitadas de una protección especial”. Estas medidas incluyen:

1. (...) las medidas que sean necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio no se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, son aplicables las siguientes:

c) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación deben ser grabadas por medios audiovisuales y pueden ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones que determina la Ley de enjuiciamiento criminal.

d) La declaración se puede recibir por medio de expertos.

El artículo 26.2, de otra parte, aborda una cuestión fundamental en relación con las víctimas que han sufrido violencias sexuales cometidas por personas que son sus representantes legales o familiares:

c) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con una capacidad judicialmente modificada tienen un **conflicto de intereses**, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

d) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente las funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

En estos casos “el fiscal solicitará al juez o tribunal la designación de un **defensor judicial de la víctima**, para que la represente en la investigación y en el proceso penal”. Esto permite abordar una situación de gran complejidad en los casos de violencias sexuales hacia personas con capacidad judicialmente modificada. Cabe mencionar que la figura de la defensora o defensor judicial de la víctima también se aplica cuando “la víctima menor de edad o con una capacidad judicial-

mente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares” (artículo 26.2 c).

### Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Aunque la ley aborda las diversas formas de violencia que pueden sufrir las personas con discapacidad o diversidad funcional, diversas disposiciones son relevantes al considerar las respuestas de los agentes públicos ante las violencias sexuales que tales personas pueden sufrir.

En este sentido, hay dos normas particularmente relevantes. En primer lugar, es importante destacar el papel del respeto a la **autonomía de las personas con discapacidad**, tal como establece el art. 6. de la ley:

1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen **derecho a la libre toma de decisiones**, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

Por otro lado, la ley reconoce, en su art. 7.4 que las **personas con discapacidad pueden también sufrir victimización por razones de género, entre otras**. Así, las administraciones públicas deben proteger “de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías.”

### 3.3.3. Normativa autonómica

#### Madrid

Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid

La ley sobre violencia de género de Madrid contiene diversas disposiciones relativas a las víctimas que pueden tener algún tipo de discapacidad o diversidad funcional. Así, el artículo 2.3 señala que se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley:

Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aún sin convivencia. **En el caso de mujeres con discapacidad, también las agresiones físicas o psíquicas ejercidas por hombres de su entorno familiar o institucional**, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

En este sentido, existe una **expansión del concepto de violencia de género** en relación a las víctimas que tengan algún tipo de discapacidad o diversidad funcional, pues cualquier forma de agresión ejercida por hombres, ya sea de su entorno familiar o institucional (por ejemplo, personal sanitario o de residencias para personas mayores), se considera violencia de género.

El art. 3.2, dentro de las Medidas de sensibilización frente a la Violencia de Género, señala que “la Comunidad de Madrid, en el marco de sus competencias estatutarias, adoptará las medidas de sensibilización pertinentes en los ámbitos publicitario y de los medios de comunicación y social, prestando especial atención a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor, y haciendo posible, en todo caso, la **accesibilidad a estas campañas a las mujeres con discapacidad.**”

Otra disposición de aplicación general a las mujeres con discapacidad o diversidad funcional es el Art. 15 de la ley, referido a los principios de actuación, que señala:

(...) b) Efectividad. Se adoptarán las medidas necesarias para que tengan garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos las víctimas cuyas circunstancias personales y sociales supongan una mayor dificultad para el acceso integral a la asistencia y en especial, las mujeres inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, o mujeres con discapacidad.

Aunque otras normas **no hacen referencia expresa** a las mujeres con discapacidad o diversidad funcional, a menudo aluden a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos en que el riesgo de violencia puede ser mayor, deben entenderse incluidas en ellas. Por ejemplo, en el ámbito de la detección, el Art. 7.1 señala que:

La Comunidad de Madrid desarrollará las actuaciones necesarias para la detección de situaciones de riesgo o existencia de violencia contra las mujeres a través de los servicios sociales, sanitarios o educativos, prestando especial atención a **mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde la situación de riesgo pueda ser mayor**. A estos efectos, y con la participación de los sectores afectados, se elaborarán los protocolos específicos para poder detectar tales situaciones.

## Andalucía

### Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género

La ley andaluza contempla diversas disposiciones relativas a la situación de las mujeres con discapacidad/diversidad funcional. El artículo 5, por ejemplo, referido a la investigación sobre violencia de género señala que se “impulsará y mantendrá un sistema de indicadores que permita obtener y prestar **datos estadísticos detallados desagregados, al menos, por sexo, grupos de edad y discapacidad**, sobre todas las formas de violencia incluidas en esta Ley.”

El art. 6.2 señala además que se “garantizará la difusión de las investigaciones con el objetivo de informar y sensibilizar a la sociedad en general, **teniendo en cuenta la especial situación de las mujeres con discapacidad**, las mujeres que residen en zonas rurales, las mujeres jóvenes, las mujeres inmigrantes y las mujeres en riesgo de exclusión social.” Además, de acuerdo al art. 6.3, en todos los estudios e investigaciones desarrollados en el marco de estas líneas de investigación “los datos (...) deberán consignarse desagregados por sexo, edad, medio rural y urbano y **discapacidad**, entre otros.”

El art. 8 de la ley, relativo al plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, señala en su apartado 3 que:

3. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género, con los siguientes objetivos y criterios: (...)

d) **Que incorporen a las mujeres con discapacidad** y la especial incidencia en las mismas, especialmente respecto a la violencia sexual. (...)

4. Las campañas de sensibilización mostrarán historias de superación de la violencia de género, evitando la victimización de las mujeres. En las campañas que se desarrollen habrán de tenerse en cuenta las especiales circunstancias de dificultad en el acceso a la información en que puedan encontrarse determinados colectivos como el de personas inmigrantes, personas que viven en el medio rural y **personas con discapacidad**, procurando un formato accesible para estas últimas.

En el art. 26 se consagran las disposiciones relativas al **derecho a la información** de las víctimas de violencia de género, el que comprende “a) Recibir en cualquier momento información, asesoramiento y atención adecuada a su situación personal y necesidades específicas. Tendrán garantizado este derecho las **mujeres con discapacidad**, mediante los medios de apoyo necesarios (...).”

En el mismo sentido, el art. 27.3, relativo al **derecho a la atención especializada**, señala que la Administración de la Junta de Andalucía “desarrollará programas específicos para víctimas de violencia de género especialmente vulnerables, entre otras: (...) c) **Mujeres con discapacidad.**”

El art. 33, relativo a los planes de salud, señala en su punto 2.

2. La detección precoz de las situaciones de violencia de género será un objetivo en el ámbito de los servicios de salud, tanto públicos como privados. A tal fin, la Consejería competente en materia de salud establecerá los programas y actividades más adecuados para lograr la mayor eficacia en la detección de estas situaciones, y se considerará de forma especial la **situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley**, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social, explotación sexual o las mujeres con discapacidad. Estas disposiciones afectarán a todos los centros sanitarios autorizados en el ámbito de Andalucía.

En relación a la **atención social**, el art. 39, referido a la información y asesoramiento, señala que las Administraciones públicas de Andalucía, y en particular la Consejería competente en materia de igualdad:

a) Contarán con **servicios de información accesibles** para dar a conocer los derechos que asisten a las mujeres víctimas de violencia de género. Dicha información comprenderá, al menos:

Las medidas relativas a su protección y seguridad.

- Los derechos y las ayudas.
- Los servicios de emergencia, acogida y atención integral, así como la del lugar de prestación de estos servicios.
- El momento procesal en que se encuentran las actuaciones jurídicas.

b) Garantizarán, a través de los medios necesarios, que las **mujeres con discapacidad** y mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes.

c) Asimismo, desarrollarán los medios necesarios para garantizar la información a las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el ejercicio efectivo de este derecho.

El art. 43, referido a la atención integral especializada, señala dentro de las características de los servicios y recursos, que deben ser **accesibles**:

La Administración de la Junta de Andalucía favorecerá que la atención integral especializada y multidisciplinar y los medios de apoyo y recuperación sean accesibles a las víctimas de violencia de género, y particularmente a aquellas que por sus circunstancias personales, sociales o culturales se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, tales como **personas con discapacidad**, personas mayores, personas inmigrantes y personas que vivan en el medio rural, con especial atención a las personas menores de edad en situación de riesgo social.

El art. 48.4, sobre acceso a las viviendas protegidas, señala que “las mujeres mayores y las **mujeres con discapacidad** que sufren violencia de género, y que se encuentran en situación de precariedad económica, deben ser consideradas colectivo preferente a los efectos de tener acceso a las residencias públicas.”

La ley también contiene diversas disposiciones referidas a las mujeres que sufren formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, a las que engloba en conceptos como ‘colectivos de mujeres con especiales dificultades’, o víctimas ‘en situación de especial vulnerabilidad’. Estas normas son también plenamente aplicables a las mujeres con diversidad funcional.

Así, dentro de las líneas de investigación sobre la violencia de género especificadas en el art. 6 de la ley se incluyen, en la letra f) “La incidencia y consecuencias en los **colectivos de mujeres con especiales dificultades** y, en particular, las mujeres de las zonas rurales de Andalucía y las mujeres inmigrantes.”

En lo relativo a la formación de profesionales, el Art. 20.4 señala que los programas formativos en materia de violencia de género “incorporarán aspectos específicos relativos a la diversidad de las víctimas en general y particularmente de las que se encuentren en **situación de especial vulnerabilidad.**”

En cuanto a la formación a profesionales de la salud, el artículo 24 señala:

Los planes y programas de salud deberán incluir la formación del personal del Sistema Sanitario Público de Andalucía, para abordar de forma adecuada la detección precoz, la atención a la violencia de género en sus múltiples manifestaciones y sus efectos en la salud de las mujeres, la rehabilitación de éstas, y la atención a los grupos de mujeres con especiales dificultades. Dicha formación se dirigirá prioritariamente a los servicios de atención primaria y de atención especializada con mayor relevancia para la salud de las mujeres.

Y respecto de la formación en el ámbito de los servicios sociales y de otros profesionales, el artículo 25 bis establece:

1. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la formación específica en materia de violencia de género a las personas profesionales del



Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como el impulso a la investigación y divulgación de los resultados obtenidos.

2. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la formación específica en materia de violencia de género de aquellas personas cuya actuación profesional se dirija a las personas menores de edad en situación de riesgo o desprotección social y a su ámbito familiar, así como a aquellas que trabajen con autores o con víctimas de actos de violencia de género. En dicha formación se tendrá en consideración la diversidad de las víctimas, **particularmente las que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.** (...)

Finalmente, el art. 45 de la ley, relativo a la **atención a colectivos especialmente vulnerables**, señala:

1. La Administración de la Junta de Andalucía facilitará el ingreso preferente en la red pública de centros existentes a las mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan otras problemáticas o situaciones añadidas, en particular enfermedad mental, prostitución, mujeres inmigrantes, discapacidad, mayores sin recursos y mujeres con problemas de adicción. Estos centros contarán con la colaboración de los servicios especializados en la atención a la violencia de género.

2. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género que así lo soliciten en el Programa Individual de Atención (PIA) el ingreso en el Servicio de Atención Residencial para personas mayores o con discapacidad en situación de dependencia, incluyendo aquellas valoradas en grado I (dependencia moderada).

3. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá medidas específicas para la atención a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor de la violencia de género o con la mujer que la haya sufrido.

4. La Administración de la Junta de Andalucía podrá suscribir acuerdos de colaboración con las organizaciones sociales que trabajen en el ámbito de los colectivos especialmente vulnerables para facilitar la detección de los casos de violencia de género y su intervención frente a estos.

#### Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía

Andalucía cuenta desde 2017 con una legislación específica respecto de las personas con discapacidad o diversidad funcional. Una particularidad de esta ley es que se pone en ella un **énfasis en las mujeres y niñas con discapacidad**, reconociendo también el particular impacto de la violencia por razones de género –incluyendo la violencia sexual– sobre ellas. En efecto, tal

como señala la Exposición de Motivos, “el hecho de que entre las personas con discapacidad prevalearan las mujeres, así como su mayor presencia entre las personas que están en situación de dependencia, y entre quienes les prestan cuidados, justifica la adopción de políticas públicas dirigidas a **reducir las desigualdades específicas asociadas al sexo y la discapacidad, introduciendo la perspectiva de género, como un principio fundamental de esta ley, en todo su posterior desarrollo**”.

Así, por ejemplo, entre los fines de la ley previstos en el art. 5.1 se encuentran:

k) Promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a través de la incorporación de la perspectiva de género y garantizar acciones positivas que contribuyan a compensar las desigualdades de género que se suman a las que devienen por razón de discapacidad.

l) Preservar los **derechos de las personas con discapacidad víctimas de violencia**, con especial atención a las situaciones de violencia de género o violencia sexual y a las personas con necesidades de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El artículo 11 de la ley se refiere específicamente a las **mujeres y niñas con discapacidad**, estableciendo que:

1. Las Administraciones Públicas andaluzas tendrán en consideración las **necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad** en todas sus actuaciones a fin de asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Las políticas y programas de prevención y atención de la violencia de género recogerán medidas específicas dirigidas a las mujeres y niñas con discapacidad que serán acordes a su **situación de especial vulnerabilidad frente a la violencia**, que comprenderán al menos las siguientes:

a) **Accesibilidad a centros de información** a las mujeres dependientes de la Administración local.

b) **Accesibilidad del servicio integral de atención y acogida**: centros de emergencia, casas de acogida y pisos tutelados.

c) **Accesibilidad a mujeres con discapacidad auditiva** del teléfono de información a la mujer.

d) **Recoger estadísticamente datos relativos a la violencia de género contra las mujeres con discapacidad** y sobre los hijos e hijas nacidos con discapacidad o trastornos en el desarrollo como consecuencia de la violencia sufrida por sus madres durante el embarazo.

El enfoque de género se debe incluir transversalmente en la implementación de la ley, como, por ejemplo, en la elaboración del Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad de Andalucía (art. 12), en la implementación de medidas del sistema sanitario público (artículo 16.a). Además, entre los criterios de actuación previstos en el art. 33 se señala:

Las prestaciones de servicios sociales destinadas a la población con discapacidad se regirán por los siguientes criterios: (...) k) La igualdad de género y la prevención y actuación contra la violencia de género.

Dentro del título dedicado a la protección jurídica de las personas con discapacidad, el art. 62 destaca el papel de la autonomía en la toma de decisiones, señalando:

Las personas con discapacidad tienen derecho a la autonomía y a tomar sus propias decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias. Con esta finalidad se impulsarán y facilitarán los instrumentos de autotutela adaptados a sus particulares circunstancias.

Asimismo, el art. 63 señala que se debe valorar el interés superior de la persona con discapacidad en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Además, se promoverán las medidas de apoyo en el proceso de toma de decisiones, garantizándose la gratuidad del acceso a la protección jurídica y social que prestan las entidades tutelares (art. 64).

### Cataluña

#### Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista

El artículo 7 de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, incluye en los principios orientadores en las intervenciones de los poderes públicos, criterios que son relevantes en relación con las mujeres con diversidad funcional que pueden ser víctimas de violencias sexuales. En particular:

e) **La debida consideración de las particularidades (...) personales, (...) de la diversidad de las mujeres** en situación de violencia machista, así como sus necesidades específicas, con la condición de que ninguna particularidad justifica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

g) El compromiso que la construcción de las respuestas a la violencia machista debe hacerse desde las necesidades específicas y las experiencias de las mujeres en situaciones de violencia.

h) La consideración de las dificultades singulares en que se encuentran mujeres de determinados colectivos en situaciones específicas, de acuerdo con el capítulo 5 del título III.

El artículo 8.2, en relación con la investigación en ma-

teria de violencia machista, señala que se debe considerar el impacto diferente que tiene esta violencia en colectivos específicos de mujeres.

El artículo 71 se refiere a aspectos específicos respecto a las mujeres con diversidad funcional:

#### Discapacidad

1. El Gobierno debe garantizar que el ejercicio de los derechos y el acceso a los recursos y servicios regulados en este título no se vean obstaculizados o impedidos por la existencia de barreras que impidan la accesibilidad y garanticen la seguridad del entorno en el acceso.

2. Las mujeres con un grado de discapacidad igual o superior al 33% y que sufren violencia machista tienen derecho a una mejora económica o temporal de los derechos económicos establecidos en este título, de acuerdo con los requisitos y las condiciones que reglamento para facilitar su proceso de recuperación y reparación.

Cabe señalar también que **Ley 14/2010, del 17 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia**, en el artículo 10, señala que los poderes públicos deben introducir “**la perspectiva de la diversidad funcional** en el desarrollo y la evaluación de las medidas que adoptan en relación a los niños y los adolescentes, por lo que en todas las actuaciones y todos los programas dirigidos a ellos se tengan en cuenta las diferentes maneras en que funciona su cuerpo y que pueden tener necesidades iguales o específicas”.

### 3.4. Migración, etnicidad y violencias sexuales

Las mujeres migrantes, en la medida que normalmente sufren no sólo sexismo, sino también racismo y clasismo, pueden ser objeto de varios crímenes, a menudo con un mayor nivel de impunidad, relacionado con su situación administrativa, su desconocimiento de la lengua o del sistema legal, la falta de redes sociales, a menudo no tienen el conocimiento de sus embajadas o de servicios disponibles, por la dependencia que tienen de esta información de parte de sus empleadores o cónyuges.

Entre ellas, por ejemplo, las trabajadoras domésticas pueden sufrir violencia física y sexual por parte de sus empleadores, abusando de su posición de poder ante los múltiples factores que pueden impedir a las trabajadoras acceder a la justicia. El acoso y la violencia sexual de las trabajadoras migrantes en otros entornos de trabajo, como en granjas o en el sector industrial, es un problema en todo el mundo (véase Naciones Unidas, 1998), como se reveló de una manera evidente en la denuncia dada a conocer por la prensa alemana, en mayo de 2018, respecto de **centenares de trabajadoras jornaleras de origen marroquí, víctimas de amenazas,**

## acoso y abuso sexual en los campos de fresas de Huelva, Andalucía.<sup>76</sup>

Entre estos colectivos, aquellos que han experimentado el racismo son, además, menos propensos a reportar delitos. Pueden temer que no se les crea o que no sean tratadas adecuadamente. Como resultado de ello, pueden ser reacias a reportar delitos o apoyar un proceso judicial. También el temor por la pérdida de la fuente de trabajo, así como factores culturales, sociales y religiosos pueden impedir que estas mujeres denuncien los delitos o apoyen un proceso judicial.

El problema del acceso a la justicia es básico para las mujeres migrantes. En algunos Estados, además, ellas se enfrentan a restricciones impuestas al uso del sistema legal por razón de normas laborales discriminatorias, discriminación en el empleo o por sexo, entre otras. Las **mujeres migrantes indocumentadas** quedan en una situación de indefensión legal ante la explotación y el abuso debido a su estatus migratorio irregular, lo que exacerba su exclusión y el riesgo de explotación.

Además, las mujeres que pertenecen a **etnias históricamente discriminadas**, aunque sean nacionales, a menudo se ven expuestas al racismo social e institucional, que igualmente tiene un impacto en las violencias por razones de género que pueden sufrir, incluidas las violencias sexuales.

### 3.4.1. Marco jurídico internacional

El estado español, lamentablemente, aún no es parte de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todas las personas trabajadoras migratorias y sus familiares, adoptada en 1990 y en vigor desde 2003, el instrumento internacional central en materia de derechos humanos de las personas trabajadoras migratorias. La Convención reconoce que los derechos de los/as trabajadores/as migratorios/as se extienden “durante todo su proceso de migración y el de sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tráfico y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el retorno al Estado de origen o el Estado de residencia habitual”.

El **trabajo doméstico** es uno de los trabajos habituales que personas trabajadoras migratorias, sobre todo mujeres. La Observación general n. 1 (2011) del Comité sobre los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias trata precisamente la situación de las personas trabajadoras domésticas migratorias.

El Comité reconoce que mientras están en tránsito por países extranjeros, mujeres y niñas corren un mayor riesgo de que las agentes o los agentes de contratación

y las personas intermediarias las sometan a maltratos físicos y abusos sexuales. Sin embargo, en el lugar de trabajo muchas sufren abusos y malos tratos que incluye acoso psicológico, físico y sexual de las personas empleadoras, las agentes o los agentes de contratación o las personas intermediarias.

Si bien España no es parte del tratado internacional más específico aplicable, **son plenamente aplicables a las personas extranjeras todos los tratados de derechos humanos vigentes en el país**, ya que las obligaciones contenidas en ellos pesan sobre los Estados en relación a todas las personas que se encuentren en su territorio, incluso quienes estén en tránsito o sean personas migrantes indocumentadas.

Dentro de los instrumentos de carácter general, es particularmente relevante la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*<sup>77</sup>. Por ejemplo, el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CEDR), en su Recomendación general n. 27 sobre discriminación contra las personas románies (2000)<sup>78</sup>, se dedica a la intersección etnia-género. En este caso, el Comité señala que los Estados deben adoptar medidas para reducir las tasas de abandono escolar, especialmente entre las niñas románies (párrafo 17), y que se tengan en cuenta “las desventajas de las niñas y mujeres románies” (párrafo 22).

En el ámbito de la sanidad, se propugnan programas para “principalmente las mujeres y los niños, teniendo en cuenta su situación de desventaja por la extrema pobreza, el bajo nivel de educación y las diferencias culturales”, y se postula “invitar a las asociaciones y comunidades románies y sus representantes, sobre todo mujeres, a participar en la elaboración y ejecución de programas y proyectos sanitarios que interesen a los grupos románies” (párrafo 34).

A efectos de control, el CERD recomienda a los Estados miembros que en los informes periódicos incluyan datos estadísticos “sobre la participación de los románies en la vida política y sobre su situación económica, social y cultural, incluso desde una perspectiva de género” (párrafo 46), lo que debería incluir información estadística sobre las violencias que afectan niñas y mujeres de esta etnia.

El *Convenio de Estambul*, por su parte, señala que los Estados deben garantizar la residencia a las mujeres extranjeras víctimas de violencias en el caso de que dependan del marido o la pareja:

#### Artículo 59

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que se conceda el **estatuto de residente a las víctimas y que no dependa de su cónyuge o de su pareja de hecho**, de conformidad con su derecho interno,

<sup>76</sup> Ver, entre otros: Una revista alemana denuncia violaciones a mujeres y abortos en los campos de fresa de Huelva, disponible en <https://www.publico.es/sociedad/abuso-trabajadoras-migrantes-revista-alemana-denuncia-violaciones-mujeres-abortos-campos-fresa-huelva.html>

<sup>77</sup> Ratificada por España el 13 de septiembre de 1968.

<sup>78</sup> UN Doc. HRI / GEN / 1 / Rev.7 at 252 (2000).

previa petición, un permiso de residencia autónomo, en el caso de disolución del matrimonio o de la relación, en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación. Las condiciones relativas a la concesión y la duración del permiso de residencia autónomo establecerán de acuerdo con el derecho interno.

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas puedan obtener la **suspensión de los procedimientos de expulsión** iniciados por causa que su estatuto de residente dependa de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su derecho interno, a fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo.

El artículo 59.3 expone que los Estados deben expedir un **permiso de residencia renovable** a las víctimas al menos en una de las situaciones siguientes:

- a) Cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria con respecto a la situación personal.
- b) Cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria a los fines de cooperación con las autoridades competentes en el marco de una investigación o procedimientos penales.

Finalmente, también son relevantes para las mujeres extranjeras las normas internacionales relativas al **derecho de asilo**. De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, la solicitante de asilo debe demostrar que tiene fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, **pertenencia a determinado grupo social** u opinión política. En la línea de este criterio, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) subraya que **hay formas de persecución específicas de género y reconoce que prácticas como la violencia y otras formas de violencia por razones género como la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica, los matrimonios forzados y la trata de personas constituyen mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o privados**.

La persecución por causa de género es una de las grandes ausentes en la definición tradicional de refugiado/a, por lo que el mismo ACNUR ha destacado la necesidad de incorporar la perspectiva de género en cada uno de los motivos de persecución señalados en el Convenio de Ginebra y exhorta a los Estados que aún no lo han hecho a garantizar la perspectiva de género en la aplicación del derecho de asilo.

Estados como Canadá, Suecia o Australia fueron punteros en la interpretación de las solicitudes de asilo integrando una perspectiva de género efectiva. Estos Estados han adoptado políticas en diferentes ámbitos y esto ha supuesto un gran avance en la consecución de

derechos. Canadá fue el primer Estado a promulgar una Guía de solicitudes de mujeres refugiadas con temor a persecuciones por motivo de género. Las directrices de esta Guía fueron actualizadas en 1996 y en la actualidad constituyen una guía internacional que otros Estados han adoptado en las legislaciones internas.

El derecho de solicitar asilo está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando en el artículo 14 dice:

En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo ya disfrutar de él en cualquier país.

Este derecho se concreta en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados. Es el texto fundamental del régimen internacional de protección de las personas refugiadas (conjuntamente con el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, de Nueva York, de 1967). Esta convención define al refugiado/a como:

Toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, **pertenencia a determinado grupo social** u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar allí.

Por otra parte, establece el **principio de no devolución (non-refoulement)**, que impide que los Estados puedan devolver una persona que solicita asilo o una persona refugiada en las fronteras de territorios donde su vida o libertad puedan verse amenazadas, donde corra riesgo de persecución o interceptación, rechazo a la frontera o devolución indirecta.

Hay dos documentos más de desarrollo de esta Convención que afectan a esta cuestión. Uno, es la Primera Conclusión sobre mujeres refugiadas y protección internacional (Conclusión n. 39, 1985), que adoptó el Comité Ejecutivo del ACNUR en 1985 y que reconoció:

(...) los Estados, en el ejercicio de su soberanía, son libres de adoptar la interpretación que **las mujeres en busca de asilo que se enfrentan a tratos crueles e inhumanos**, a causa de haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad donde vivían, pueden ser consideradas como un “determinado grupo social”, según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

El segundo, son las Directrices sobre Protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de

1967, mayo de 2002. Estas directrices, publicadas por ACNUR el 2002, establecen que:

Las **solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, actos de violencia sexual**, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores o costumbres morales y discriminación contra los homosexuales.

Así pues, **todas estas formas de violencia se definen como persecución** y se define pertenencia a determinado grupo social como un grupo de personas que comparten una característica común diferente al hecho de ser perseguidas o que son percibidas como grupo por la sociedad. A menudo la característica será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el ejercicio mismo de los derechos humanos. Por consiguiente, el sexo puede ser subsumido en la categoría de grupo social, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, que en general reciben un trato diferenciado al de los hombres. Estas características también las identifican como grupo ante la sociedad, la que las somete a diferentes tratos y normas en algunos Estados.

Estas directrices tienen como finalidad servir de guía legal interpretativa a gobiernos, practicantes de derechos, encargados de la toma de decisiones, juezas, jueces y el personal del ACNUR responsable de la determinación de la condición de persona refugiada en el terreno.

Específicamente, el Consejo de Europa, en la Resolución 1247 de la Asamblea parlamentaria de 22 de mayo, sobre mutilación genital femenina, instó a los Estados a flexibilizar las legislaciones respectivas con el objeto de reconocer dicho derecho de las mujeres que huyan de sus países para evitar esta práctica de violencia machista (García, 2007).

En el marco de la Unión Europea, debemos mencionar la Directiva 2004/83 / CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento del estatuto de personas nacionales que vienen de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, así como al contenido de la protección concedida. Esta Directiva tiene como objetivo fundamental establecer criterios comunes en el seno de la Unión Europea sobre la identificación de personas para evitar que se produzcan movimientos de personas entre los Estados que estén provocados por la existencia de diferencias normativas y de protección subsidiaria.

Esta Directiva también establece el interés superior de la niña o el niño como una consideración prioritaria de los Estados miembros y concreta qué se entiende

por grupo social, haciendo una referencia genérica a la orientación sexual, sin hacer diferencias, pero, de género o sexo (García, 2007).

### 3.4.2. Marco jurídico estatal

#### Aspectos penales

El artículo 180 del Código Penal introduce una serie de circunstancias agravantes aplicables a los delitos sexuales, dentro de las que se encuentra:

Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

La migración y la etnicidad pueden ser factores a considerar al valorar la 'situación' específica de las víctimas de violencia sexual. Por ejemplo, en el caso de las trabajadoras marroquíes de Huelva, su condición de trabajadoras temporales migratorias.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del **Estatuto de la víctima del delito**, señala que sus disposiciones son aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España o que se puedan perseguir, **independientemente de su nacionalidad**, de si son mayores o menores de edad o de **si gozan o no de residencia legal**. Además, de acuerdo con esta Ley, a fin de hacer posible la comprensión de los trámites del procedimiento, las víctimas que no comprendan la lengua tendrán derecho a la asistencia lingüística. Y para ayudar a la víctima en el procedimiento judicial, facilitarle una copia traducida de la denuncia, si fuera necesario.

Con todo, en la práctica, diversos casos hacen patente la permanencia de actitudes o prejuicios racistas y sexistas en el sistema judicial, como el tristemente célebre caso de los audios de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, revelados en 2016. Tal como señala el periodista Iván Suárez: "En un momento de la conversación grabada por el juez, uno de los magistrados presentes profiere expresiones machistas y xenófobas. "Y todas las rumanas, putas", llega a exclamar, sin que el exabrupto parezca alterar lo más mínimo a sus compañeros, que no hacen ningún comentario de desaprobación."<sup>79</sup>

Finalmente, es particularmente relevante en relación a las mujeres extranjeras o de determinadas etnias la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, de modificación del Código Penal español, cuya exposición de motivos justifica la nueva regulación de "los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal internacional". Se incorporó al derecho penal español la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (ya que el genocidio ya era imprescriptible),

<sup>79</sup> Suárez, Iván (Eldiario.es): "Las rumanas, todas putas", machismo en la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Disponible en [https://www.eldiario.es/canariasahora/tribunales/rumanas-putas-machismo-xenofobia-jueces-Audiencia\\_Provincial-Las\\_Palmas-Salvador\\_Alba\\_0\\_576742816.html](https://www.eldiario.es/canariasahora/tribunales/rumanas-putas-machismo-xenofobia-jueces-Audiencia_Provincial-Las_Palmas-Salvador_Alba_0_576742816.html)

la incriminación de los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, el castigo de determinadas conductas relacionadas con las armas químicas o biológicas y la tipificación de los delitos de lesa humanidad y de guerra previstos en el Estatuto de Roma.

El artículo 607 señala, en los supuestos de genocidio:

Artículo 607.1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: (...)

2º Con la pena de prisión permanente revisable, si agreden sexualmente a alguno de sus miembros o producen alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

El artículo 607 bis sanciona los delitos de lesa humanidad en estos términos:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de estos hechos:

1º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, **raciales, nacionales, étnicos**, culturales, religiosos, **de género**, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: (...)

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometen una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consiste en **cualquier otra agresión sexual**. (...)

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si fuerzan el embarazo de alguna mujer con **intención de modificar la composición étnica de la población**, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos. (...)

9º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometen alguna de las **conductas relativas a la prostitución** recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a los que trasladen personas de un lugar a otro, con el propósito de su **explotación sexual**, empleando violencia,

intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se impondrán las penas superiores en grado.

10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si someten alguna persona a **esclavitud** o la mantuvieran. Esta pena se aplica sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en canje.

En cuanto a los crímenes de guerra, el artículo 611 del CP señala:

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...)

9º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de **violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual**.

### Normativa sobre extranjería

La legislación española de extranjería prevé, principalmente, **tres medidas** que pretenden proteger a las mujeres extranjeras que han sufrido violencia.

En primer lugar, el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) prevé que en la **cónyuge reagrupada podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando fuera víctima de violencia de género**, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección (art. 41.1 b).

En segundo lugar, el mismo Reglamento introduce expresamente la violencia doméstica como supuesto de **autorización de residencia por razones humanitarias** (art. 45.4 a). Sin embargo, para acreditar la situación de violencia que permita la obtención del permiso debe haber sentencia firme.

En tercer lugar, existe la posibilidad de **suspender una orden de expulsión** firme si la mujer ha sido víctima de violencia de género. Tal como se ha expuesto anterior-

mente, desde el año 2005 una circular de la Secretaría de Estado de 2005 estableció que una orden de expulsión de una mujer que haya sufrido violencia machista podrá ser suspendida por el tribunal competente sólo si se concede una orden de protección (Amnistía Internacional, 2007). La Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, recoge la circular de la Secretaría de Estado del año 2005, en el artículo 31 bis. Según su actual redacción<sup>80</sup>, la mujer víctima de violencia de género y sus hijas e hijos menores de dieciséis años que se encuentren en España en el momento de la denuncia pueden obtener un permiso temporal de residencia después de obtener una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal que indique la presencia de indicios de violencia de género, pero si una vez terminado el procedimiento penal acaba de manera tal que no se hubiera podido deducir la existencia de violencia de género se continuará o iniciará, según el caso, el procedimiento administrativo sancionador.

### Normativa sobre derecho a asilo

El artículo 13.4 de la Constitución española remite a la ley para establecer la forma en que la ciudadanía de otros Estados y las personas apátridas pueden solicitar el derecho de asilo. En este sentido, el Estado español ha sancionado la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley de Igualdad), en la disposición adicional 29ª, incluyó un mandato imperativo para la entonces Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en vigor: “Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las **mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género**”. Reconoció expresamente que las personas que huyen de una persecución por motivos de género podrán acogerse a la protección de asilo.

Sin embargo, según la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, no recoge íntegramente este mandato imperativo de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El artículo 3 recoge, en la definición de la condición de persona refugiada, los motivos de género (así como la orientación sexual). Sin embargo, expresa que estos motivos no son suficientes, sino que dependerá de las “circunstancias imperantes en el país de origen” (CEAR, 2009).

El artículo 7 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley 12/2009) establece que:

<sup>80</sup> Esta disposición fue modificada por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de los países de origen debido a fundados temores de sufrir **persecución por motivos de género** o edad, sin que estos aspectos por ellos mismos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.

Según la CEAR, esta redacción limita lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya que se condiciona la posibilidad de reconocer el asilo por motivos de género en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, sin reconocer la violencia contra las mujeres en sí mismo como una causa (las mujeres se enfrentarán a obstáculos a la hora de ser reconocidas como refugiadas, como la tipificación como delito en el país de origen de la práctica persecutoria de la que huyen). Esta postura muestra una concepción de los derechos humanos de las mujeres como derechos de segundo orden, sin entidad propia. Este condicionante representa un obstáculo casi insalvable para las personas que lleguen al territorio español huyendo de una persecución de este tipo.

Las organizaciones de derechos humanos y los colectivos sociales de las regiones de donde huyen muchas mujeres en busca de asilo expresan la dificultad para recoger información fidedigna sobre unas violaciones de derechos humanos que aún no están consideradas como tales en muchos Estados, que son invisibilizadas por las estructuras estatales y no estatales, que tienen dificultades para investigar y esclarecer qué ha ocurrido realmente y que enjuiciar a los perpetradores conlleva asumir el riesgo de persecución (CEAR, 2009).

Según la CEAR, dado que cada año España deniega cualquier tipo de protección internacional a aproximadamente el 95% de las personas que la solicitan, hay una gran preocupación respecto de la situación de vulnerabilidad extrema a la que se ven abocadas las mujeres refugiadas que no reciben protección y que pueden ser víctimas de violencia de género. La situación administrativa de las personas no admitidas y denegadas pasa a ser regida por la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (CEAR, 2014).

### 3.4.3. Marco jurídico autonómico

#### Madrid

#### Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid

La legislación sobre violencia de género de Madrid contiene diversas disposiciones en que hace referencia a los colectivos de mujeres que puedan encontrarse en contextos de mayor riesgo de violencia o de menor acceso a los recursos que prevé la ley, junto con disposiciones de carácter específico aplicables a mujeres extranjeras.

Así, como se ha señalado en otros apartados, el Art. 7.1 establece que:

La Comunidad de Madrid desarrollará las actuaciones necesarias para la detección de situaciones de riesgo o existencia de violencia contra las mujeres a través de los servicios sociales, sanitarios o educativos, prestando **especial atención a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde la situación de riesgo pueda ser mayor**. A estos efectos, y con la participación de los sectores afectados, se elaborarán los protocolos específicos para poder detectar tales situaciones.

Asimismo, el art. 15 contiene, entre sus **principios de actuación** disposiciones específicas aplicables a las mujeres inmigrantes, incluidas aquellas que tengan una situación administrativa irregular. Así se establece:

b) Efectividad. Se adoptarán las medidas necesarias para que tengan garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos las víctimas cuyas circunstancias personales y sociales supongan una mayor dificultad para el acceso integral a la asistencia y en especial, las mujeres inmigrantes, **con independencia de su situación administrativa**, o mujeres con discapacidad.

Es particularmente importante lo señalado en el art. 15 d), donde además se reconoce la importancia de respetar la identidad cultural de las mujeres víctimas de cualquier forma de violencia de género:

d) **Integración**. Se promoverán las acciones necesarias para la integración familiar, social, laboral, cultural y económica de las mujeres víctimas de violencia de género, **respetando su identidad cultural** y su dignidad personal.”

## Andalucía

### Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género

La ley andaluza sobre violencia de género contiene múltiples disposiciones específicamente referidas a las mujeres inmigrantes, así como disposiciones generales que aluden a las mujeres de colectivos ‘con especiales dificultades’ o que se encuentren en una ‘situación de especial vulnerabilidad’.

Así el art. 6.1 señala que “la Administración de la Junta de Andalucía realizará aquellas actividades de investigación o estudio del fenómeno social de la violencia de género en sus diferentes aspectos y, en particular, las que se refieran a (...) f) La incidencia y consecuencias en los colectivos de mujeres con especiales dificultades y, en particular, las mujeres de las zonas rurales de Andalucía y las **mujeres inmigrantes**.”

El art. 6.2 señala además que se “garantizará la difusión de las investigaciones con el objetivo de informar y sen-

sibilizar a la sociedad en general, teniendo en cuenta la especial situación de las mujeres con discapacidad, las mujeres que residen en zonas rurales, las mujeres jóvenes, las **mujeres inmigrantes** y las mujeres en riesgo de exclusión social”.

El art. 8 de la ley, relativo al plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, señala en su apartado 4 que:

4. Las campañas de sensibilización mostrarán historias de superación de la violencia de género, evitando la victimización de las mujeres. En las campañas que se desarrollen habrán de tenerse en cuenta las especiales circunstancias de dificultad en el acceso a la información en que puedan encontrarse determinados colectivos como el de personas inmigrantes, personas que viven en el medio rural y personas con discapacidad, procurando un formato accesible para estas últimas.

El art. 26, al aborda el derecho a la **información**:

a) Recibir en cualquier momento información, asesoramiento y atención adecuada a su situación personal y necesidades específicas. Tendrán garantizado este derecho las mujeres con discapacidad, mediante los medios de apoyo necesarios, y **las mujeres extranjeras, mediante la asistencia de intérprete cuando así se requiera**.

En relación al derecho a la **atención especializada**, en el art. 27, se establece que

3. La Administración de la Junta de Andalucía desarrollará programas específicos para víctimas de violencia de género especialmente vulnerables, entre otras:

a) **Trata y explotación sexual**. (...)

d) **Mujeres inmigrantes y pertenecientes a minorías étnicas**.

El art. 33, relativo a los **planes de salud**, señala en su punto 2 que:

La detección precoz de las situaciones de violencia de género será un objetivo en el ámbito de los servicios de salud, tanto públicos como privados. A tal fin, la Consejería competente en materia de salud establecerá los programas y actividades más adecuados para lograr la mayor eficacia en la detección de estas situaciones, y se considerará de forma especial la situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las **inmigrantes**, las que se encuentran en situación de exclusión social, explotación sexual o las mujeres con discapacidad. Estas disposiciones afectarán a todos los centros sanitarios autorizados en el ámbito de Andalucía.



En relación a la **atención social**, el art. 39, referido a la información y asesoramiento, señala que las Administraciones públicas de Andalucía, y en particular la Consejería competente en materia de igualdad:

a) Contarán con servicios de información accesibles para dar a conocer los derechos que asisten a las mujeres víctimas de violencia de género. Dicha información comprenderá, al menos:

- Las medidas relativas a su protección y seguridad.
- Los derechos y las ayudas.

- Los servicios de emergencia, acogida y atención integral, así como la del lugar de prestación de estos servicios.

- El momento procesal en que se encuentran las actuaciones jurídicas.

b) Garantizarán, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad y **mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género** tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes.

c) Asimismo, desarrollarán los medios necesarios para garantizar la información a las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el ejercicio efectivo de este derecho.

El art. 43, referido a la **atención integral especializada**, señala dentro de las características de los servicios y recursos, que deben ser **accesibles**:

La Administración de la Junta de Andalucía favorecerá que la atención integral especializada y multidisciplinar y los medios de apoyo y recuperación sean accesibles a las víctimas de violencia de género, y particularmente a aquellas que por sus circunstancias personales, sociales o culturales se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, tales como personas con discapacidad, personas mayores, **personas inmigrantes** y personas que vivan en el medio rural, con especial atención a las personas menores de edad en situación de riesgo social.

Además, diversas disposiciones hacen referencia a las mujeres en situación de 'especial vulnerabilidad' o 'especiales dificultades'.

Entre otros, el art. 20.4 relativo a la formación de profesionales: "Los programas formativos en materia de violencia de género incorporarán aspectos específicos relativos a la **diversidad de las víctimas en general y particularmente de las que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.**"

También en relación a la formación a profesionales de la salud, de acuerdo al artículo 24

Los planes y programas de salud deberán incluir la formación del personal del Sistema Sanitario Públi-

co de Andalucía, para abordar de forma adecuada la detección precoz, la atención a la violencia de género en sus múltiples manifestaciones y sus efectos en la salud de las mujeres, la rehabilitación de éstas, y la atención a los **grupos de mujeres con especiales dificultades**. Dicha formación se dirigirá prioritariamente a los servicios de atención primaria y de atención especializada con mayor relevancia para la salud de las mujeres.

En cuanto a la formación en el ámbito de los servicios sociales y de otros profesionales, el artículo 25 bis señala:

1. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la formación específica en materia de violencia de género a las personas profesionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como el impulso a la investigación y divulgación de los resultados obtenidos.

2. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la formación específica en materia de violencia de género de aquellas personas cuya actuación profesional se dirija a las personas menores de edad en situación de riesgo o desprotección social y a su ámbito familiar, así como a aquellas que trabajen con autores o con víctimas de actos de violencia de género. En dicha formación se tendrá en consideración la diversidad de las víctimas, **particularmente las que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.** (...)

Finalmente, el art. 45 de la ley, relativo a la atención a **colectivos especialmente vulnerables**, señala:

1. La Administración de la Junta de Andalucía facilitará el ingreso preferente en la red pública de centros existentes a las mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan otras problemáticas o situaciones añadidas, en particular enfermedad mental, prostitución, **mujeres inmigrantes**, discapacidad, mayores sin recursos y mujeres con problemas de adicción. Estos centros contarán con la colaboración de los servicios especializados en la atención a la violencia de género.

2. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género que así lo soliciten en el Programa Individual de Atención (PIA) el ingreso en el Servicio de Atención Residencial para personas mayores o con discapacidad en situación de dependencia, incluyendo aquellas valoradas en grado I (dependencia moderada).

3. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá medidas específicas para la atención a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor de la violencia de género o con la mujer que la haya sufrido.

4. La Administración de la Junta de Andalucía podrá

suscribir acuerdos de colaboración con las organizaciones sociales que trabajen en el ámbito de los **colectivos especialmente vulnerables** para facilitar la detección de los casos de violencia de género y su intervención frente a estos.

### Cataluña

#### Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista

El artículo 2 de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, en la garantía de los derechos de las mujeres, señala expresamente la situación de las **mujeres extranjeras** cuando dice:

1. Todas las mujeres que se encuentran en situaciones de violencia machista, así como sus hijos e hijas dependientes, que vivan o trabajen en Cataluña y **con independencia de la vecindad civil, la nacionalidad o la situación administrativa y personal, tienen garantizados los derechos que esta ley les reconoce**, sin perjuicio de lo establecido en la legislación en materia de extranjería y de la exigencia de determinados requisitos para las diferentes prestaciones y servicios.

El artículo 7 de la Ley incluye, en los principios orientadores en las intervenciones de los poderes públicos, criterios que son relevantes en relación con las mujeres inmigrantes o pertenecientes a determinadas etnias y que pueden ser víctimas de violencias sexuales. En particular:

- e) La debida consideración de las particularidades (...) personales, (...) de la diversidad de las mujeres en situación de violencia machista, así como sus necesidades específicas, con la condición de que ninguna particularidad justifica la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres. (...)
- g) El compromiso que la construcción de las respuestas a la violencia machista debe hacerse desde las necesidades específicas y las experiencias de las mujeres en situaciones de violencia.
- h) La consideración de las dificultades singulares en que se encuentran mujeres de determinados **colectivos en situaciones específicas**, de acuerdo con el capítulo 5 del título III.

El artículo 8.2, en relación con la investigación en materia de violencia machista, señala que se debe considerar el **impacto diferente que tiene esta violencia en colectivos específicos de mujeres**:

La situación de las **mujeres inmigrantes o pertenecientes a determinadas etnias** y que pueden ser víctimas de violencias sexuales se encuentran recogidas dentro de las situaciones específicas a que se refiere el capítulo 5 del título II de la Ley.

Así, el artículo 66, en referencia a la **inmigración**, señala:

El Gobierno promoverá las actuaciones necesarias con las entidades consulares, las embajadas, las oficinas diplomáticas y cualquier otra entidad, a fin de obtener o facilitar **documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares de las mujeres inmigrantes**, así como la legislación del país de origen.

El artículo 73 se refiere en particular a la etnia gitana y manifiesta que:

El Gobierno debe diseñar estrategias específicas de sensibilización dirigidas a las mujeres de etnia gitana, pensadas y consensuadas con las **asociaciones de mujeres gitanas**, que conozcan los recursos y las estrategias para afrontar la presión social o legitimación cultural respecto a las violencias contra las mujeres y les permitan adoptar posiciones activas ante esta situación.

#### Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña

Esta ley establece el fin de dar un mejor servicio de acogida a las personas extranjeras y dispone la creación de servicios de acogida (formados por el servicio de primera acogida y los programas públicos de acogida especializada), que están disponibles también para las personas solicitantes de asilo una vez hayan obtenido autorización administrativa de residencia o de estancia para un periodo superior a noventa días.

La ley incluye una Disposición adicional Sexta, que establece que debe garantizarse una formación específica de las personas profesionales en **derechos de las mujeres** y del colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, y en modelos de familia:

1. El Gobierno debe garantizar que las personas profesionalmente especializadas o que deben especializarse, desde los sectores público y privado, en la atención a la población inmigrada y a la regresada tengan una formación específica en materia de:

- a) Derechos de las **mujeres**.
- b) Derechos de los colectivos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales.
- c) Los diferentes modelos de familia existentes en la sociedad catalana.

2. El Gobierno puede elaborar manuales de actuación sobre las **necesidades de las víctimas por razón de género**.

## Parte II

# Un concepto androcéntrico de las violencias sexuales

## Metodología

### 4. Manifestaciones del tipo penal

Se han seleccionado un total de 167 casos judiciales, los cuales comprenden los años 2016 (79 sentencias) y 2017 (88 sentencias). Para su estudio se han abarcado 3 comunidades autónomas: Cataluña (76 casos), Madrid (56 casos) y Andalucía (35 casos).

La selección de las sentencias se realizó según el año y el mes de resolución, escogiendo aquellas sentencias que fueron dictadas en los meses de febrero y noviembre de 2016 y 2017 respectivamente. Esta selección resulta de la necesidad de definir en el tiempo un determinado período en el cual analizar un número concreto de resoluciones, lejos de analizar la totalidad de las que emanan de nuestros tribunales a lo largo de un año entero de trabajo. Los meses seleccionados fueron el segundo y el penúltimo del año.

A través de la herramienta de búsqueda CENDOJ (Cen-

tro de Documentación Judicial) del Consejo General del Poder Judicial, se estipularon como ítems de búsqueda los siguientes apartados:

- Jurisdicción: Penal.
- Tipo de resolución: sentencia.
- Tipo de órgano: Audiencia Provincial.
- Fecha de resolución: febrero de 2016/noviembre de 2016; febrero de 2017 y noviembre de 2017.
- Texto libre: agresión sexual/abuso sexual.

Se han analizado cualitativa y cuantitativamente los 167 casos judiciales. Presentamos a continuación los datos más relevantes extraídos del análisis.

#### 4.1. La agresión sexual. Sentencias analizadas

El título VIII del Código Penal titulado delitos contra la libertad e indemnidad sexual recoge en su primer capítulo las agresiones sexuales, respecto de las que el artículo 178 dice: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años” y el artículo 179 recoge que: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.” La pena se agrava cuando concurren las circunstancias que recoge el artículo 180 del mismo cuerpo legal, circunstancias como uso de violencia degradante o vejatoria, cuando los hechos se cometan por dos o más personas conjuntamente, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad, o cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco (...).”

La agresión sexual, según el tipo penal, requiere la existencia de violencia o intimidación. La jurisprudencia exige que la violencia sea la adecuada para vencer o doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea exigible a la víctima una resistencia heroica a la agresión sexual. No obstante se entiende que la víctima debe exteriorizar su intención de manera que el agresor entienda que no presta consentimiento a esa relación. El tipo penal básico exige únicamente que el que atente contra la libertad

sexual de otro lo haga mediante el empleo de la fuerza o de la intimidación, sin exigir en ningún apartado del Código Penal, ni que la víctima actúe de una u otra manera en cuanto a la resistencia ante la violencia, ni que deba cerciorarse de que el agresor conoce y entiende su negativa a mantener esa relación sexual.

Estas exigencias no contempladas en la ley, que son de creación jurisprudencial, y aunque quizá hoy un poco mitigadas por ejemplo en cuanto a la resistencia que ha de oponer la víctima, son resultado de la intervención selectiva del derecho penal que ha construido sobre la base de prejuicios existentes un tipo ideal de agresión sexual, con un comportamiento estereotipado atribuido a las víctimas. Estos prejuicios están presentes en el poder judicial y ello se refleja en las sentencias que se dictan, y constituyen uno de los estereotipos sociales y judiciales que existen.

En este sentido cabe hacer la aclaración de la dificultad que conlleva para el órgano juzgador calificar un hecho como agresión sexual, y no como abuso sexual, lo que se ha visto recogido en los casos analizados, de los cuales en las condenas en un 56.59% los hechos han sido calificados como “abusos sexuales”, mientras que solo en un 43.42% han sido entendidos como “agresiones sexuales”. Este dato debe ser contrastado con la calificación solicitada por las acusaciones particulares de las víctimas, las que han solicitado en un 47,95% que los hechos sean juzgados como abusos, mientras que han demandado que en un 52,05% sean atendidos como agresiones.

Con respecto a la intimidación y violencia requeridas por el tipo penal, según interpreta la audiencia provincial se encuentra la **SAP M 2082/2017** que se reproduce parcialmente: “La jurisprudencia ha venido manteniendo que lo que caracteriza a este delito es que la penetración que se pretende tenga lugar mediante una voluntad contraria de la víctima, que queda mediatizada a través del temor o que es superada o anulada mediante la violencia (Sta. del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1997), faltando la anuencia a la relación carnal, sin que sea preciso que la agresión física o espiritual presenten caracteres de invencibles o irresistibles, pero sí que sean suficientes para vencer la resistencia inicial de la víctima, resistencia esta que no puede considerarse como elemento integrante de la violencia o la intimidación, y por tanto necesaria para su apreciación, sino que el elemento típico de esta figura delictiva es la falta de consentimiento de la víctima, otra cosa es que la resistencia de la víctima contribuya, en todo caso, en el aspecto probatorio, ya que permite explicitar, por un lado, la voluntad de la víctima contraria al acto sexual, por otro lado, la existencia de violencia o intimidación y, finalmente, el conocimiento y la intención del agresor.

La Sala descarta en el caso, completamente, la comisión del delito de agresión sexual pues no concurre la violencia o intimidación exigible toda vez que no constituye tal el haber agarrado del brazo a Patricia ni el girar su cuerpo - que no empujar, menos con fuerza- para colocarla contra la marquesina para penetrarla. (...) Pero, no puede considerarse acreditado que el acusado tuviera cumplido conocimiento de la falta de consentimiento de la víctima. Patricia y Gabino son compañeros de trabajo y se conocen desde hace (...). No podemos dejar de valorar además que los hechos acaecen a altas horas de la madrugada, después de una noche en la que además de haber estado juntos en la forma expuesta habían estado consumiendo bebidas alcohólicas y fumando porros durante varias horas, circunstancia ésta última que lógicamente produce una cierta euforia con la consiguiente desinhibición. (...) Así, Patricia dijo que al principio le dijo que la dejara en paz y que no quería, que intentó apartarle un poco pero que después ya no reaccionó ni nada, no pudo reaccionar, el miedo la paralizó. Ya hemos dicho que los reconocimientos médicos de los que fue objeto Patricia (cuyo resultado obra documentado a los folios 46 y 47 y 48 y 49 de la causa) excluyeron cualquier signo de agresión o violencia en la exploración física y ausencia de lesiones uterinas.

En el caso reproducido parcialmente, se observa que la Audiencia Provincial interpreta que no hay uso de violencia porque la víctima, según manifiesta, se queda paralizada, razón por la cual tampoco se detectan lesiones. El hecho de que se conozcan puesto que eran compañeros de trabajo, que hubieran estado ambos bebiendo y fumando, son datos cargados de estereotipos, utilizados en la sentencia para minimizar la agresión. Finalmente, ello sumado al hecho de que no se puede acreditar que el agresor tuviera cumplido co-

nocimiento de la falta de consentimiento de la víctima, suponen un pronunciamiento absolutorio.

Otros ejemplos sobre la valoración que se hace del comportamiento, más allá de los elementos del tipo penal y de la valoración del comportamiento del agresor son los siguientes. En la **SAP M 2172/2016**, se cuestiona la actitud de la víctima durante la agresión y una vez finalizada la misma, hablando expresamente del comportamiento de la víctima, manifestando el tribunal lo que ésta debiera haber hecho, obviando realidades, personalidades y sentimientos humanos comunes afines a todos, como por ejemplo, el miedo. Tanto en ésta sentencia como en otras que seguidamente se analizan, las referencias a las víctimas y el juicio que se hace sobre su comportamiento, son hechos desde un punto de vista impersonal y deshumanizado, como si todas las víctimas fueran iguales, y debieran realizar mecánicamente ante una agresión sexual unos comportamientos preestablecidos: resistirse, escaparse, denunciar. Dejan así al margen la parte humana y emocional de la víctima, que está en una situación muy grave de agresión sexual, de ataque, miedo, bloqueos, vergüenza, culpabilidad, cuestionamientos, dependencias económicas, emocionales, etc. Si bien algunas sentencias recogen la existencia de estas reacciones lo hacen desde un punto de vista teórico, cayendo de nuevo a la hora de valorar la prueba y los hechos, y sobre todo la conducta de la víctima, en los estereotipos habituales. La sentencia recoge que: “Una vez declara que las relaciones fueron consentidas, dice que luego se ducharon, vuelven al cuarto y es al conocer Adela que él se iba a casar con otra persona cuando ésta va al baño y avisa a la policía. En relación a estas manifestaciones del acusado, Adela dice que él la obliga a ducharse para que no haya prueba de las relaciones, y cuando se le pregunta cómo se duchan, ella dice que él primero y que mientras él se ducha le agarra a ella del brazo. No se puede obviar que en tal situación no se entiende que Adela no salga del baño y pida ayuda, pues es difícil ducharse mientras se agarra a otra persona del brazo. También reste credibilidad a Adela que diga que le dice al acusado que va al baño y desde allí avise a la Cruz Roja pidiendo auxilio, cuando su habitación y eso todos los testigos coinciden estaba al lado de la puerta de la calle, por lo que podía haberse ido de casa para huir del acusado. Lo que nos lleva a la última consideración sobre el comportamiento de Adela, como es que después de la agresión sexual, forcejee con el acusado, al extremo de romperle la camisa para evitar su huida. Por ello valorando la declaración de la víctima, cuando es única testigo, (...) consideramos que genera dudas sobre las relaciones sexuales in consentidas, que sólo pueden ser despejadas en aplicación del principio in dubio pro reo.”

En la **SAP GI 409/2016** se absuelve al agresor por la ausencia de lesiones genitales, ya que según el tribunal, éstas deben aparecer necesariamente cuando se produce una agresión violenta y en contra de la voluntad de la víctima. La absolución se concluye también

necesariamente por el hecho de que la víctima tardara 5 días en interponer la denuncia, hecho que constituye un desprestigio para ella. Hechos tan graves merecen denuncia inmediata, razona la Sentencia, obviando que era una trabajadora interna al cuidado de una persona mayor a la que no podía dejar de sola, además del miedo a perder el trabajo, la necesidad económica, etc. La sentencia se refiere además a la manifestación de la víctima cuando llamó a los Mossos d'Esquadra y manifestó haber sido agredida, lo que el tribunal entiende como impropio ya que debió haber manifestado que había sido violada. La Sentencia referida en este párrafo es del tenor siguiente: **“Ahora bien, en tales informes no se hace referencia alguna a algún tipo de lesión en la zona genital o de las piernas de la herida, lo que no significa en modo alguno que pueda haberse producido una acción sexual de penetración agresiva, ni tampoco en los brazos, que es en la zona en la que la perjudicada ha mantenido que se la agarró con fuerza en un primer momento para vencer su resistencia. (...) Ahora bien, sí que hemos de significar que la falta de aparición de huellas lesivas en las zonas genitales o próximas, en el caso de una agresión sexual con penetración, es un fenómeno mucho más frecuente en el caso de que la voluntad contraria de la víctima se doblegue con el uso de una intimidación intensa, dado que entonces la resistencia es vencida por medio del temor; pero dicho ausencia de signos lesivos no puede ser tan normal en el caso de que lo que se use sea la violencia, tanto para impedir la reacción de la perjudicada, como para lograr la posición apropiada para lograr la penetración inconsciente.”**

Dicho todo lo anterior, no podemos tildar la declaración de la perjudicada como persistente. Y no porque no haya mantenido en todo momento lo mismo, sino porque dejó de ofrecer datos esenciales en sus primeros comportamientos como ha añadido otros perjudiciales y criminógenos en su declaración en el juicio oral. A modo de ejemplo, en esta última declaración ha añadido que entre los padecimientos físicos que sufrió también se les lesionó en el labio, dando lugar a una herida sangrante, herida esta de mayor intensidad que un simple hematoma y que no aparece en los partes médicos de asistencia. También ha mantenido que la agresión sufrida por el acusado no ha sido la única, dado que en alguna ocasión, cuando la recogía en la estación de tren en su día libre, también la forzaba para ver si había estado con otro hombre (sic). La inclusión con el paso del tiempo de factores añadidos de mayor incriminación no es un elemento que tienda a corroborar la verosimilitud de la víctima.

**Según la recurrente, el hecho ocurrió un jueves por la mañana, el día 12-9-13, y no se interpone la denuncia hasta cinco días más tarde, el día 17-9-13.** Desde luego, dejar transcurrir cinco días desde que los hechos se producen hasta que se ponen en conocimiento de la policía a los efectos de la incoación de un procedimiento penal no supone una incapacidad de esa misma declaración para probar lo que en ella

se dice. Ahora bien, **no podemos de dejar de tener en cuenta que dicha circunstancia constituye un cierto desprestigio**, no sólo porque los datos objetivos que en ese momento pueden existir para apoyar la denuncia tienden a la desaparición, como por ejemplo las heridas, sino también **porque hechos tan graves merecen habitualmente de denuncias inmediatas, de suerte tal que creemos que la cuestión ha de ser explicada con determinación.**

Y, en este caso la única explicación proporcionada ha sido la de que como se trataba de una persona interna al cuidado de una anciana, no la podía dejar sola. Dicha explicación no nos parece especialmente sólida, teniendo en cuenta tanto que podía haber avisado a las hijas de la anciana para relatarles lo ocurrido y su intención de denunciar, lo que creemos que hubiera sido entendido de inmediato, como que los días en que la perjudicada libraba, martes y miércoles, la anciana quedaba sola por la noche sin la atención de nadie, lo que implica que ese mismo día pudo solicitar la ayuda policial para interponer la correspondiente denuncia; si los agentes se desplazan de inmediato para atender casos de violencia doméstica, procediendo a la detención del implicado, mucho más lo harían si lo denunciado fuera un delito mucho más grave como la agresión sexual con penetración.

**Cierto es que la perjudicada ese día llamó a la Comisaría de los Mossos d'Esquadra de La Bisbal d'Empordà. Ahora bien, en la comunicación que mantuvo con un agente de la oficina de denuncias, en modo alguno dijo que había sido violada, sino que había sido agredida por una persona con la que tenía una relación sentimental.** Desde luego no es lo mismo decir que se ha sido agredida que se ha sido violada. Y pese a que el agente sí que dijo en el acto del juicio oral que la perjudicada le manifestó acerca de una agresión sexual, lo cierto es que la Sala no da valor a dicha declaración dado que no se ha explicado con suficiencia el porqué de esa notabilísima variación en el relato.

La siguiente sentencia es también absolutoria de la agresión sexual y condenatoria de un delito de lesiones. La víctima aunque mantiene en todas las sedes en las que declara la existencia del acceso carnal, pero hay otros datos que varían y que la desacreditan, siendo su actuar, para ser una víctima de agresión sexual, extraño para la Sala. Esta Sentencia tiene como referencia **SAP GI 118/2016**: “Tanto en la declaración en sede policial, como en la declaración en sede de instrucción como en la declaración en el plenario la Sra. Ruth declara que el acusado se le echa encima y le mete los dedos en la vagina. Es cierto, por lo tanto, que sobre este dato ha habido una persistencia en el relato de la denunciante. Pero no lo hay sobre otros datos especialmente relevantes acerca de las circunstancias en que ocurren los hechos. **Esta Sala es consciente de que el transcurso del tiempo y la situación traumática de quién es agredido, pueden dar lugar a variaciones** sobre datos circunstanciales en el relato, que no varíen el dato

central del mismo. **El problema es que en el caso de autos, las variaciones afectan a datos relevantes que resulta difícil de entender que no se dijeran desde un principio.** (...).

No es la presencia de un cuchillo, la única contradicción en sus declaraciones a lo largo del procedimiento. En la vista del plenario declara que el acusado le metió los dedos en la vagina y en el culo, (minuto 21.06). Así en el minuto 17.59 declara expresamente: “ me metió los dedos por el culo” A preguntas de la defensa, manifiesta que quiso meterle los dedos por el culo y ella se echó a un lado. **Es cierto que en la declaración en sede de instrucción dice que le introducía la mano por dentro del pantalón por el culo y por la vagina, pero dice la mano, no los dedos. No es lo mismo tocar con la mano el culo, que introducir los dedos dentro del ano, ni tampoco es lo mismo, intentarlo que conseguirlo.** Esto último es especialmente relevante, como para no manifestarlo ni ante la policía ni manifestarlo ante el médico forense. En este sentido Don, Carlos Miguel es claro cuando afirma que no le exploró el ano, porque no le dijo nada de ello. **Al igual que con la presencia de un cuchillo, nos encontramos con una discrepancia relevante a la hora de valorar la declaración de la acusada.**

En tercer lugar, tampoco hay una persistencia en el relato de lo ocurrido el fin de semana, presentando además el relato de la denunciante elementos en su actuar que cuando menos resultan extraños. Así en su declaración en el plenario, la Sra. Ruth declara que el jueves había querido dejar la relación con el Sr Modesto y que fue a Figueres a hablar con la madre del Sr Modesto, pero que al llegar a Figueres, el acusado le dijo que iba a cambiar y pensó en darle una segunda oportunidad. En un momento de su declaración manifiesta que fue la madre del acusado quien la llama para hablarle (minuto 31.11), que fue hasta la estación de Figueres, la madre del acusado los dejó en el coche y ella preguntó “¿tu mamá no viene?” y la madre se había ido. Esto no concuerda con lo declarado ante los MMEE cuando refiere (folio 15) que llegaron al domicilio y la madre de Modesto le enseñó la cocina por si querían comer alguna cosa.

**Tampoco es muy lógico que una persona a la que se ha agredido sexualmente el viernes por la noche, que no tiene además vínculo alguno de dependencia ni económica ni emocional con el acusado , después de ser agredida, como declara en sede de instrucción el viernes por la noche, el sábado se quede en la casa, no aproveche la presencia del hermano del acusado con los niños para marcharse de allí,** sino que como declara la propia acusada se bañe con el acusado y se vayan juntos a la habitación, donde vuelve a mantener relaciones sexuales consentidas con el acusado. Tendría lógica si hubiera sido amenazada por el acusado o si el hermano del mismo, le hubiera amenazado o estuviera confabulado con el acusado, pero nada de esto declara la Sra. Ruth.

Todas estas contradicciones y discrepancias hacen surgir a la Sala dudas sobre la veracidad del testimonio de la víctima.

A ello hay que unir que el resto de pruebas existentes no es tampoco concluyente. **Es cierto que la víctima presenta lesiones, en concreto unos arañazos en el pecho derecho y un golpe en el lado derecho de la cabeza.”**

En la siguiente sentencia ante una agresión sexual denunciada por la víctima, con partes médicos que no objetivan lesiones y sin testigos directos, con las únicas pruebas de las declaraciones de agresor y víctima, se absuelve al agresor, cuestionando el comportamiento de la víctima, cuestionando lo que hizo en contraposición con lo que “debería haber hecho”, (**SAP B 1627/2017**): Así, el informe médico emitido por el Hospital de Vilafranca del Penedès escasas horas después del mismo día 16 de junio de 2016, y sobre el que se ratificó la Doctora Pilar , no objetiviza lesión alguna y en el mismo sentido el ulterior informe forense sobre el que se ratifica la doctora Araceli. De forma que mal se compadecen tales informes con la versión dada por la víctima cuando afirma haber sido sujeta fuertemente de brazos y muñecas mientras la desnudaba y la penetraba vaginalmente con dolor y sangrado. **Por otro lado, sus ropas no presentaban rasgaduras ni daño alguno a pesar de lo relatado,** no concretando de qué modo el acusado estando sobre ella y mientras le sujetaba las muñecas y brazos la desnudaba y se desnudaba o cuanto menos se bajaba los pantalones y los calzoncillos e incluso le obligaba a realizarle la felación; **ni se dio por la misma una explicación lógica sobre varios hechos relatados por la misma, tales como permanecer durmiendo junto al acusado en la misma cama varias horas sin aprovechar que éste se durmiera para marchar del lugar- ni tan siquiera pudo precisar si la puerta de la habitación estaba cerrada con llave o no- o pedir auxilio a un tercero, o sobre el hecho de que impidiéndole salir el acusado de la vivienda fuera él quien le pasara el teléfono al recibir la llamada de su padre, o que al hablar con él no solicitara inmediatamente su auxilio, máxime cuando habiendo sido por tres veces agredida sexualmente en ese momento, y según su refiere, la tenía retenida en el balcón.**

Así, vista que la versión dada por el acusado no resulta inveraz, siendo reforzada por los elementos antes señalados, y teniendo la carga de la prueba la parte acusadora, en virtud del principio de in dubio pro reo, procede de la libre absolución del mismo”

En la siguiente **SAP T 1650/2017** en la que se condena por una agresión sexual (art. 178 C.P.) se absuelve de la acusación de acceso carnal (art. 179 C.P.), pese a recoger durante todo el texto de la sentencia que la víctima ha mantenido siempre su declaración, y que su testimonio es del todo fiable. La existencia de credibilidad subjetiva, objetiva y la persistencia en su incrimina-

ción, así como la existencia de partes médicos que recogen erosiones en la zona perianal e inglés, parece no resultar suficiente para entender acreditado el acceso carnal. La Sentencia se pronuncia en este sentido: “la prueba practicada es insuficiente para apreciar el tipo agravado de agresión sexual del artículo 179 CP que las acusaciones imputan al procesado, y ello porque nos surge **una duda relevante sobre la materialización de la penetración digital de la cavidad anal que afirma la víctima, en el sentido de que el procesado llegó a introducirle al menos un dedo en la cavidad anal, pues aun cuando la Sra. Berta manifestara en el plenario que así fue, como ya hizo en sede policial, y también ante la Médico Forense Dra. Celia** [según refirió ésta última en el plenario si bien no lo hizo constar en su informe], **y en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, no existe alusión alguna a dicha introducción en el parte médico del Servicio de Urgencias, emitido en la madrugada del mismo día de los hechos por la médico que la asistió, tal y como se evidencia en dicho informe obrante en el folio 39 de las actuaciones, donde se describe que: “Según refiere la paciente fue agredida en el portal de su edificio por un individuo por detrás, cogida por el cuello y pelvis, tirándola al suelo con agresión anal manual, según manifiesta, pudiendo tras forcejeo, soltarse de su agresor. No penetración vaginal ni anal. En el apartado exploración física si bien señala que presenta erosiones varias en región perineal anterior a nivel de la ingle izquierda y en muslo izquierdo, en el cuello y en la boca del labio superior, y en las muñecas y dedos de las manos. **A la exploración anal no se objetivan lesiones externas”.****

**Las notables dudas** que genera dicho informe médico sobre el extremo referido a la introducción de los dedos en el ano, no despejadas en la declaración prestada en el acto del juicio por la doctora Sra. Aurora que exploró a la víctima han de resolverse a favor del reo e impiden que declaremos probado que se llegara a materializar la penetración anal, lo que determina, dada su repercusión en la tipificación delictiva, que optemos por la calificación de la agresión sexual consumada conforme al tipo básico del artículo 178 del Código Penal, frente a la agresión sexual del artículo 179 del mismo texto legal, solicitada por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, en la forma que se explicara en el fundamento de derecho siguiente de esta resolución. (...) La declaración de la testigo y perjudicada Berta, en el presente supuesto, cumple todos los requisitos que exige lo que constituye doctrina jurisprudencial reiterada ( STS 669/2012, 25 de julio ), ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

**Su testimonio nos resultó plenamente fiable. Su propia actitud en el acto del juicio acredita un especial esfuerzo de objetividad y de precisión narrativa, descartándose cualquier intento de exageración o de sobrecriminalización del relato. Todo lo contrario. Con aplomo, de forma pausada, reflexiva y precisa indicó cada una de las circunstancias nucleares de**

**producción -espaciales, temporales, actitudinales, contextuales-, del acometimiento violento y de la agresión sexual de la que fue víctima. Su incriminación se ha mantenido persistente (...) Es cierto que no hemos estimado acreditada la introducción digital, pero en este sentido, el Tribunal quiere aclarar que el hecho de que no hayamos estimado acreditada la introducción de los dedos en la cavidad anal, ello no implica, en ningún caso, desvirtuar los restantes datos incriminatorios y mucho menos excluir de credibilidad y de fiabilidad las manifestaciones de la víctima.”**

En igual sentido que la anterior en la **SAP M 14790/2017**, la Sala recoge que en una situación de agresión sexual quizá lo de menos es si se introduce o no un dedo en la vagina, que puede ser o no, pero que no lo recuerde inmediatamente después del hecho, genera duda sobre si se produjo o no esa acción: “En esa situación, en la que, con toda seguridad cualquier mujer hubiera temido ser lesionada gravemente o incluso asfixiada, el acusado le tocaba con su mano la vagina, siendo perfectamente posible que introdujera o no sus dedos en el interior de la misma, sin que D<sup>a</sup> Milagros se diera plena cuenta de ello, porque en ese momento trataba con todas sus fuerzas de lograr liberarse de un desconocido, que parecía querer ahogarla y violarla, siendo quizá lo menos preocupante para una mujer que acababa de acordar con un hombre tener relaciones sexuales por dinero, si le introducía o no algún dedo en la vagina.

Resulta perfectamente comprensible que en un primer momento la denunciante descartara aquella posibilidad porque no recordara que él le introdujera nada en su vagina y con el paso del tiempo su memoria le haya ido haciendo creer que tuvo que habérselos introducido, pues resulta lo más lógico, teniendo en cuenta cómo estaba procediendo el acusado, la violencia que empleaba para vencer la resistencia de la mujer y su claro deseo de tener relaciones sexuales con ella contra su voluntad.

Este Tribunal no ha llegado al convencimiento de que efectivamente D. Mario llegara a introducir sus dedos en la vagina de la denunciante, cuando le estaba tocando esa zona, pero ello no significa que D<sup>a</sup> Milagros no crea sinceramente que sí lo hizo, siendo posible que ocurriera, si bien, el hecho de que inmediatamente después del hecho la denunciante no recordara ese extremo, genera una razonable duda sobre si se produjo o no esa acción”.

Se evidencia pues que las Sentencias continúan recogiendo los estereotipos sobre cómo deben comportarse las víctimas, antes, durante y después de la agresión, perdiendo de vista que la conducta punible no es el comportamiento de la víctima sino la conducta del agresor. Se observa también que la conducta del agresor no es analizada y cuestionada en igual medida y en el mismo sentido que lo es la de la víctima.

En cuanto a las agresiones sexuales a menores, el Código Penal recoge las agresiones sexuales a menores en los artículos 183.2 C.P. calificando de agresión los actos de carácter sexual realizados con un menor de 16 años cuando se hagan empleando la fuerza, en el artículo 183.3 CP cuando el ataque suponga acceso carnal, en el artículo 183.4 C.P. cuando la víctima tenga escaso desarrollo mental, el ataque se realice por 2 o más personas, la violencia utilizada sea vejatoria o degradante, se prevalega de la relación de superioridad con el menor, se ponga en peligro la vida de la víctima o se realice mediante organización criminal.

En cualquier caso, vemos cómo en cuanto a la calificación de agresión que hacen las Acusaciones Particulares y el Ministerio Fiscal en sus diferentes tipos, las condenas en los tribunales son significativamente inferiores llamando la atención esta rebaja sobre todo en lo que respecta a las denuncias de agresiones sexuales a menores víctimas.

Uno de los problemas que nos encontramos en las agresiones a menores, común con los abusos, es la credibilidad de la víctima, problema que comparten los menores con las mujeres víctimas como hemos visto anteriormente.

En la sentencia con referencia **SAP GI 1611/2016**, se absuelve al acusado, pareja de la abuela, porque no hay más pruebas que la declaración de la menor, ésta es poco profusa en detalles y se denunció tarde, a pesar de que se hizo una vez que el Hospital especializado en menores emitió un informe positivo de credibilidad de la menor; *“Un primer problema, que en modo alguno puede ser achacado a la familia de la niña, que ha tenido un exquisito comportamiento con su hija a fin de evitarle todo trauma derivado de la victimización de la presente causa penal, es la tardanza de la denuncia y la distorsión que ello provoca en el recuerdo y testimonio de una menor, dado que la aparatosa manifestación de su hija acerca de que Justino, el compañero de la abuela, quería que le tocara sus partes, no provocó una denuncia inmediata, sino la consulta con varios profesionales médicos y psicológicos, especialmente con el Hospital especializado en menores de DIRECCION000, de suerte tal que sólo cuando obtuvieron un informe positivo de credibilidad por parte del personal de dicho centro médico activaron la denuncia.*

Lo cierto es que cuando pudieron suceder los hechos es a finales del año 2.011 o a principios del año 2.102; cuando la menor es entrevistada por el referido Hospital es finales del 2.013; cuando la menor es explorada por el Equipo Técnico de Asesoramiento a las Víctimas es abril de 2.014; y cuando se celebra el presente juicio oral noviembre de 2.016. En una edad tan tierna como la de la víctima todo este singular recorrido médico y procesal ha supuesto que las exploraciones acaezcan cuando ya han pasado dos años y el juicio oral cuando han transcurrido cuatro. Tales periodos de tiempo, que

pueden ser soportables para el enjuiciamiento de otros tipos de delitos, especialmente con personas mayores en donde los recuerdos de las infracciones permanecen más frescos y no se precipitan irremediabilmente en el olvido, no lo son en delitos con menores de esa edad, en donde los recuerdos corren el riesgo natural de perderse. Ciertamente el testimonio de la menor ha sido escaso, como no podía ser de otra manera, poco productivo en cuanto a detalles relevantes o inútil en la fijación de espacios y tiempos, pues no recordaba grandes cosas sobre lo sucedido. La idea esencial que podía extraerse es que Justino le cogió de las manos y se las dirigió hacia su pene haciendo con ellas el movimiento propio de la masturbación. Ni sabe cuántas veces sucedió, ni en qué lugares, ni menos aún en que tiempos.”

En la siguiente sentencia absolutoria, se cuestiona el testimonio de la menor y además se cuestiona la actitud de la madre, a la que se dibuja como una persona obsesionada por los supuestos abusos sexuales del padre sobre la hija que ha podido influenciar a la hija: SAP M 15921/2016: *Vienen a concluir que no se detectaron restos de semen en los hisopos recogidos en la superficie del pubis de Lucía (folios 41 y siguientes), pero en las muestras tomadas en la entrepierna y zona trasera de sus bragas se ha detectado una cantidad escasa de semen con fracción espermática coincidente el perfil de ADN del acusado, señalando expresamente que no descartan una contaminación producida, sin interacción sexual, por contacto entre una prenda del padre y de la menor.*

Es decir, esos resultados, aun siendo significativos, son compatibles no solo con unos abusos sexuales, sino también con otros muchos supuestos, como contaminación de las prendas al ser colocadas en un cesto de la ropa sucia común de la familia o con que la niña utilizara ocasionalmente la misma cama que su padre, como alegó el acusado en el juicio y al declarar ante el instructor (folio 61) y confirmó Fermína, esposa del denunciado.

Además, la cadena de custodia es más que cuestionable (...). Máxime cuando el testimonio de Celestina no ofrece demasiadas garantías de sinceridad. No podemos pasar por alto las múltiples denuncias que cruzó con el ahora acusado (enumeradas en los folios 5, 6, 73 y 74). Además, reconoce que sacaba fotos de los genitales de la niña antes y después de las visitas con el padre, así como que la llevó a los servicios médicos en múltiples ocasiones. Será todo lo razonable que se quiera ante una sospecha de abusos sexuales de su hija por parte de otros familiares, pero no puede negarse que permite meditar sobre si estaba obsesionada con el tema y por tanto, dudar de la fiabilidad de su testimonio. (...) La carta de la niña (folio 187 del Rollo de Sala), aportada por la representación procesal de Celestina, contiene expresiones sugestivas de que el padre pudiera haber abusado de la niña. Utiliza, entre



otras, la palabra chochete... papá me tocaba el chochete, puedo decirlo sin miedo, pero en este extremo hemos de remitirnos a los informes periciales antes mencionados. Los especialistas han dejado claro que no se pueden asumir de forma ciega e irreflexiva. Recuerdan que la niña bien pudiera encontrarse afectada por el proceso y su entorno.

No debemos olvidar que la madre la ha llevado en reiteradas ocasiones al médico, ha llamado a la policía, ha hecho reiteradas fotos de sus partes íntimas y la ha sugerido que escribiera o dibujara sobre lo acontecido.

También, que padecía vulvovaginitis de forma prolongada en el tiempo. Los psicólogos no detectan simulación o sobreestimulación en Lucía, pero es evidente que todo lo anterior puede hacer creer a la niña que tiene un problema con sus genitales. Por eso no es extraño que se muestre reticente a exploraciones y preguntas. Más aun cuando consta en autos que hace años ya se instruyeron otras diligencias parecidas por abusos de un hermano del hoy acusado sobre la misma niña. Y ello sin tomar en cuenta que esos toques pueden corresponderse con los cuidados necesarios para lavar, aplicar cremas o tratar la vulvovaginitis. El perito Eleuterio explicó que los dibujos aportados por la denunciante (unidos en el sobre obrante tras el acta del plenario), que se le exhibieron, no son una herramienta fiable para acreditar un abuso sexual.

#### 4.1.1. El concepto de violencia e intimidación. Sentencias analizadas.

Por violencia debemos entender un acto de carácter físico, que se ejerce directamente sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Para la apreciación de la violencia en la agresión sexual en el plano teórico no debería exigir la jurisprudencia la causación de lesiones, algo que el tipo no exige, si bien, hemos visto que en la práctica, la existencia de lesiones sirve en principio, para acreditar la agresión, acredita la resistencia y por ello la falta de consentimiento.

La utilización de la fuerza o violencia física se describe por ejemplo en las siguientes Sentencias:

**SAP M 1779/2017:** “además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo--, no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, en el caso vaginal, que se obtiene empleando violencia o infundiendo miedo. Y es que como señala nuestro Alto Tribunal en Sentencia de 18 Jul. 2005, entre otras- que reseña otra de 15 Dic. 2004 -: “ No es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual...En cuanto a la resistencia del sujeto pasivo, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que ésta fuera trascen-

dente, casi heroica, para estimarse más adelante que la resistencia debía ser seria, más tarde definida como razonable... En efecto, lo que no debe ser ignorado es que cada persona que sufre una violación, reacciona de distinta manera y con distinta intensidad ante una agresión sexual de este tipo (véase STS de 7 de octubre de 1998), de acuerdo con la específica personalidad de cada uno. De ahí que la víctima no tiene por qué ofrecer una resistencia propia del héroe; quizás ni siquiera tendría que ser seria, bastando con que sea razonable ante la situación creada por el agresor. La víctima puede ser consciente de que una resistencia a ultranza sólo puede resultar infructuosa o llevar, incluso, a peores consecuencias...”. Pero aplicado al caso que nos ocupa y superada la vetusta doctrina que poco menos que requería un perfil de víctima que emulase a algunas heroínas, cuando nuestro Alto Tribunal viene reiterando que “ no es no”, en el caso, como decimos, ni siquiera es necesario hacer hincapié en ello sencillamente porque la víctima estaba dormida cuando comienza la penetración, y cuando como consecuencia del daño que le están haciendo, despierta, nada pudo hacer que no fuese rogar que “se saliera” el procesado y llorar, lo cual le resultó infructuoso porque aunque ya se había producido la penetración al menos quiso evitar que Balbino continuase.

**SAP B 2630/2017:** “... se ha entendido el empleo de fuerza física...que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”.

**SAP AL 988/2016:** “el acusado, Claudio , mayor de edad y sin antecedentes penales, tras ser recriminado por ella, sacó por la fuerza, del vehículo en el que se encontraba estacionado en dicho lugar, a Rosario , y con ánimo libidinoso, le introdujo la mano en el interior del pantalón y de las bragas, tocándole la zona genital, hasta que la víctima consiguió zafarse, y refugiándose en el interior de su vehículo, consiguió llamar por el teléfono móvil a su compañero Pedro Enrique, no obstante lo cual el acusado, Claudio , le arrebató un primer teléfono móvil,”

**SAP B 1961/2016:** “[...] la fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”, fuerza que en el caso se evidencia por el acorralamiento en la entrada del parquin donde es agarrada por los brazos y empujada contra la puerta, y concurriendo el ánimo libidinoso o de satisfacción de apetito sexual que resulta del comportamiento del acusado inmediatamente anterior, las expresiones que dirige a la víctima ante quien se masturba mientras la persigue por la calle.”

La intimidación en la agresión sexual es la amenaza de un mal o un daño relevante a otra persona con la finalidad de doblegar la voluntad de la víctima para obtener un propósito o satisfacción sexual.

Así se recoge por ejemplo en las siguientes sentencias:

**SAP B 11327/2016:** “VIOLENCIA de carácter físico y directamente sobre el cuerpo del sujeto pasivo...INTIMIDACIÓN, con la amenaza del topo, de un ánimo o propósito de satisfacción sexual.”

**SAP M 1414/2017:** “amenazándola con echarla desnuda a la calle si se negaba a mantener una relación sexual, al mismo tiempo que Eulogio se negaba a prestarle ayuda diciéndole que Torcuato pertenecía a una banda. En suma, la intimidación fue idónea para vencer la oposición de la víctima y en ambos casos fue la causa del atentado contra su libertad sexual.

**SAP L 858/2017:** “debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzoso”

**SAP GI 926/2017:** “En el presente supuesto no cabe duda que la INTIMIDACIÓN desplegada por los procesados consistente en decirle que si no hacía lo que le decían la matarían, levantando la mano en tono amenazador, al tiempo que le tapaban la boca cuando gritaba”.

**SAP B 2630/2017:** “la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción”.

En la **SAP M 3571/2016** refiere que en cualquier caso, lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria más que la reacción de la víctima, siendo significativo que en este supuesto se pone el énfasis en la conducta del agresor restando importancia a la reacción de la víctima, para seguidamente pronunciarse diciendo que el miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Lo que puede significar que haya supuestos en los que aunque la víctima se haya sentido intimidada y vencida en su libertad sexual, la conducta del agresor pueda no ser considerada como intimidatoria. En el caso referido en este párrafo, era un menor, y la conducta del agresor no se consideraba intimidatoria, lo que supondría una calificación penal de agresión sexual, sino que considera que el agresor ha hecho uso de la situación de superioridad que respecto de la menor tiene por edad y vínculo familiar para realizar sobre ella un acto de naturaleza sexual, lo que conlleva una calificación de abuso sexual, con una pena inferior a la agresión sexual: “Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima fren-

te a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Además de ser suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

No describe la Acusación particular en qué consistió la supuesta amenaza o intimidación, el forzamiento en palabras de la menor. La amenaza de que “la abandonaría en el solar” era para que la víctima no contara los abusos a nadie, pero no para lograr que accediera a los ilícitos deseos sexuales del acusado. Como recuerda STS 667/2008 de 5 de noviembre, la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Y en este caso no ha quedado acreditado el empleo de intimidación o violencia, sino que el acusado aprovechó la superioridad que le propiciaba la diferencia de edad y la relación familiar y de confianza para lograr que la menor accediera a sus ilícitas pretensiones sexuales”.

#### 4.2. El abuso sexual. Sentencias analizadas

Los abusos sexuales se recogen en los artículos 181, 182 y 183 del Código Penal definiéndose como autor de un abuso sexual el que realiza actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin que medie para ello violencia o intimidación y sin que exista consentimiento. Según este articulado se entienden abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante uso de fármacos, drogas u otras sustancias naturales o químicas idóneas a tal efecto. Se considera abuso también cuando el consentimiento se obtiene prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En caso de que esos contactos consistan en acceso carnal la pena será superior.

El artículo 182 CP establece una pena específica para el que interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia

sobre la víctima, comete abuso sexual con un mayor de 16 años y menor de 18.

Resumidamente, el artículo 183 CP recoge, en su apartado primero la pena para el que realiza actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años: será castigado como responsable de un abuso sexual. Ya en su apartado segundo recoge que cuando se emplee sobre el/la menor violencia o intimidación será condenado por un delito de agresión sexual, así como si mediante violencia o intimidación se compele a un menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismos. Se agrava la pena por agresión cuando además hay acceso carnal, y además cuando la víctima tiene alguna disfuncionalidad, situación de indefensión, en cualquier caso cuando es menor de tres años, cuando los hechos se cometen por dos o más personas, cuando la violencia o intimidación revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio, cuando exista prevalimiento por causa de superioridad o parentesco con la víctima, cuando se haya puesto en peligro la vida o salud de la víctima, o cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal que se dedique a realizar estas actividades.

Según recoge la **SAP 14362/2017**, “la Jurisprudencia ha venido señalando como características del abuso sexual: (1) un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual, cuya variedad es múltiple; (2) ese elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que estas se impongan a personas incapaces de consentir libremente; y (3) un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción sexual.”

Vemos que las agresiones y los abusos tienen en común que ambas conductas se realizan sin que medie consentimiento de la víctima. En el caso de la agresión porque se ha vencido mediante violencia o intimidación, en el caso de los abusos porque se ha vencido sin violencia o intimidación (art. 181.1CP), pero la víctima está privada de sentido o tiene un trastorno mental que no le capacita para consentir, o se ha anulado la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas u otras sustancias (art. 181.2 CP), o el consentimiento se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad que coarta la libertad de la víctima (art. 181.3 CP).

El tipo básico del abuso supone pues, que no existe violencia ni intimidación, ni consentimiento. Si la víctima no consiente la actuación que sobre la misma se realice la vulneración será siempre del mismo bien, el atentado contra su libertad sexual, esto es, una agresión sexual.

La existencia de violencia, de intimidación, el estado de privación de sentido o la presencia de un trastorno mental, la anulación de la voluntad de la víctima mediante drogas o fármacos, o la existencia de prevalimiento de superioridad serán condiciones que en su caso, agravarán la pena.

En aquellos casos en que la víctima entra en shock (tiene miedo a que además de agredirla sexualmente le peguen, o le atemoriza la complexión física del agresor, etc.) el agresor no necesita el elemento de la violencia, o de la intimidación, lo que no desvirtúa el ilícito que se trata de una agresión sexual sin consentimiento.

El atacar a un mujer privada de sentido y que no puede prestar el consentimiento, o cuya voluntad ha sido vencida por el uso de drogas, fármacos u otros productos naturales o químicos tampoco desvirtúa el ilícito ni lo suaviza, debiendo ser calificado como una agresión sexual sin consentimiento. Resulta obvio que atacar a una mujer privada de sentido o darle drogas o fármacos para vencer su voluntad intencionadamente supone para el agresor asegurarse de que no existirá resistencia y que por lo tanto no tendrá que desarrollar la conducta con violencia o intimidación, ni tendrá que vencer con ellas la oposición y resistencia de la víctima.

Los siguientes ejemplos son de abusos cometidos con víctimas con una voluntad anulada mediante drogas:

**SAP L 908/2016:** *Una vez allí, el acusado le ofreció a la menor un licor, a lo que ella accedió, sintiéndose a continuación mareada y quedándose profundamente dormida. Tras ello el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, aprovechándose del estado de somnolencia en que se hallaba Eugenia a consecuencia de la doxilamina que el mismo le había suministrado junto a la bebida alcohólica, lo que mermó considerablemente sus facultades, sin que tuviera capacidad de resistirse, la penetró vaginalmente. Eugenia despertó sobre las 9:40 horas, hallándose tumbada en el sofá y desnuda, portando tan solo el sujetador, pidiéndole al acusado que la llevara al domicilio de una amiga suya, a quien explicó inmediatamente lo sucedido, dirigiéndose ambas a denunciar los hechos ante la comisaría de los Mossos d’Esquadra.*

*Eugenia relató como a los 5 ó 10 minutos de haberse tomado el licor que le ofreció el acusado, empezó a sentirse mareada y que se durmió; que solo recuerda fragmentos de lo sucedido; que en un momento dado vio al acusado detrás de ella agarrándola del pelo, y le dijo que parara pero que volvió a dormirse; que se despertó un momento por la mañana observando cómo ambos estaban tumbados en el sofá y volvió a dormirse hasta las 9:45 horas aproximadamente; que cuando acudió al domicilio de su amiga seguía teniendo mucho sueño. La realidad de este estado de semiinconsciencia o aturdimiento relatado, y, en todo caso de incapacidad de prestar ningún consentimiento, se corresponde también con el estado que la misma presentaba cuando*

acudió ya por la mañana a casa de su amiga y le contó lo sucedido, y también por el estado descrito por su madre cuando acudió a comisaría en busca de su hija, y aún con los síntomas que la médico forense advirtió en ella en el servicio de urgencias y que le hicieron sospechar pudiera estar bajo los efectos de cualquier tipo de sustancia tóxica”

**SAP M 2869/2017:** se encontraba en el pub denominado “Roca” con Frida, con la que había quedado con la excusa de hacerle una entrevista de trabajo, pues era dueño del local en unión de otra persona, si bien su intención era la de tener relaciones sexuales con ella. Con dicha finalidad, proporcionó a Frida tres chupitos de una bebida que produjo un gran efecto en la conciencia de la misma, llegando a perderla, aprovechándose el procesado de este estado de inconsciencia de Frida para introducir su pene en la vagina de Frida en dos ocasiones, una, en la planta alta del establecimiento, y una segunda en el sótano, sin que Frida prestara su consentimiento.

**SAP B 14414/2017:** Así, la única controversia en relación a los hechos se centra en si la penetración vaginal fue o no consentida por la víctima y denunciante, doña Marí José, por cuanto afirma el acusado, don Severino, que sí lo fue, mientras que la víctima y denunciante declaró que estaba semi-inconsciente y dormida en el sofá cuando se reaccionó y se despertó al notar que la penetraban vaginalmente si bien por su estado fue incapaz de resistirse o reaccionar. Al respecto, la Sala estima probado que el acusado miente amparándose en la impunidad que la mentira tiene para él en nuestro sistema penal a fin de garantizar el más amplio ejercicio de su derecho de defensa quedando probada del todo punto no la negativa a la penetración vaginal de la denunciante y víctima, doña Marí José, sino la falta de consentimiento a ella por encontrarse “privada de sentido” a los efectos del artículo 181.2 del Código Penal. Así, como se ha apuntado, la declaración de la víctima, doña Marí José, es determinante a fin de formarse la Sala su íntima convicción

En el caso siguiente la víctima presenta un retraso, lo que la torna incapaz de prestar libremente su consentimiento (**SAP M 14057/2016**): Es de destacar que las deficiencias intelectivas y el marcado infantilismo psíquico que padece Elsa, puestos particularmente de relieve por la Psicóloga Forense Sra. Delfina, producen a juicio de dicha perito la incapacidad de entender lo que es una interacción sexual y, por tanto, de consentirla. Añade la Sra. Delfina como matización que, en ese terreno de la sexualidad, Elsa es incapaz de decir no a una figura de autoridad y a un adulto en general.

Los hechos declarados probados describen una situación típica de superioridad objetiva del autor derivada de la vulnerabilidad de la víctima que es causa de su retraso mental. Los hechos probados evidencian una desigualdad objetiva y manifiesta en la relación entre

el acusado y Elsa, relación en la que el primero ostenta una posición de superioridad basada en el retraso mental e infantilismo de dicha mujer que daban lugar a una limitación de su capacidad psíquica para oponerse a los requerimientos de un adulto conocido y apreciado.

Y evidencian también que estos extremos no solo eran conocidos por el acusado, sino que precisamente se aprovechó de ellos para satisfacer su deseo sexual

En una innumerable cantidad de casos se observa como el abuso está configurado en razón del prevalimiento a partir de la relación de superioridad de otra persona (181.3), como en la sentencia que a continuación se cita:

**SAP 5302/2016:** “Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales con penetración por vía vaginal del artículo 181.1.3 y 4 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, aprobado por L.O. 5/2010, perpetrado por el procesado Benito , prevaleándose de una situación de superioridad manifiesta, que tenía sobre la víctima, que coartaba la libertad de la misma, entendiéndose englobable en dicha calificación en progresión delictiva el delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años del artículo 183.1 y 4, apartado d) del código Penal al tratarse de una supuesta progresión delictiva con unidad de propósito, con conductas de contenido sexual desplegadas por el procesado que se iniciaron con tocamientos a la menor Carolina cuando esta contaba con 12 años de edad, que fueron incrementándose, hasta llegar a los accesos vaginales una vez que aquella había cumplido 14 años. (...) Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes: 1º situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2º que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre). El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo. (...)

En el presente supuesto el procesado abusó sexualmente de su hija Carolina aprovechando que su mujer y madre de la misma, se ausentaba del domicilio familiar por motivos laborales, realizando primero tocamientos en sus zonas genitales desde que cumplió 12

años de edad en distintas fechas, llegándola a penetrar vaginalmente al menos en tres ocasiones (septiembre y noviembre de 2013 y febrero de 2014) cuando aquella contaba con 14 y 15 años de edad, respectivamente, prevaleciéndose de la ascendencia y de la situación de superioridad manifiesta que tenía sobre su hija, derivada de la relación paternofamiliar y la minoría de edad de aquella. Circunstancias que impedían a la menor, no solo rebelarse o negarse a la actividad sexual en la que se vio involucrada, sino conocer el alcance de los abusivos encuentros sexuales. Siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado 4 del referido precepto legal ante los accesos por vía vaginal señalados

Por otra parte se observa que de las diferentes figuras penales de abuso sexual normativamente previstas, las calificaciones del Ministerio Fiscal y Acusación Particular son diversas, mientras que los pronunciamientos de sentencia en general se engloban bajo la figura de prevalimiento (183.1). Entre otras cosas, esta apreciación podría derivarse de la falta de credibilidad de la declaración tanto de menores como de personas con trastorno mental, que también determina frecuentemente la absolución:

SAP AL 883/2016: “Ciertamente la menor, refiriéndose al acusado, verbalizó hasta en tres ocasiones en su exploración la expresión “me cogió mi mano y se la llevó a su picha”, llegando a reproducir la acción con unos muñecos a instancia de la psicóloga. No obstante, dada la corta edad de Casilda, de apenas 6 años, se hace necesario valorar su testimonio con extrema cautela.

En la línea apuntada se constata que el relato de la menor no fue persistente en el tiempo. Sus padres y hermano aseguran que ante ellos manifestó espontáneamente que el acusado le había tocado el trasero y colocado su mano en los genitales del profesor, lo cual había sucedido en varias ocasiones. Pero en su exploración la menor no sólo omitió cualquier referencia al primer hecho sino que lo negó repetidamente, aclarando además que lo del tocamiento de los genitales sólo había ocurrido una vez. Esta falta de persistencia en la narración de lo acaecido resta sin duda valor al testimonio, como ha reiterado la doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS de 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4-96, 28-12-05, 21-9-12 y 21-11-12).

**SAP AL 139/2016:** En el caso ahora enjuiciado, el examen de las distintas declaraciones prestadas a lo largo del proceso por la presunta víctima pone de manifiesto de un lado la existencia de notables imprecisiones cronológicas en su relato, en tanto que los dos primeros episodios de tocamientos que relata, no pudieron producirse con motivo del bautizo del hijo de Tomás y de Celia ni en presencia del niño, quien nació el NUM007-2007, de manera que si estos ataques contra su libertad sexual se produjeron cuando la denunciante contaba ocho años de edad, y comoquiera que su fecha de nacimiento se sitúa el NUM006 -1996, es obvio que su

sobrino aún no había nacido y por tanto, lo que debilita y pone en entredicho la credibilidad de su versión. Y otro tanto cabe decir del tercer episodio, que aun cuando se hubiera producido en la forma relatada por las acusaciones, en modo alguno constituiría un delito de abusos sexuales sino a lo sumo un delito de exhibicionismo del art. 185 del C. Penal, por el que no se ha formulado acusación y, por tanto, no puede traducirse en una condena, lo que entrañaría una patente vulneración de principio acusatorio.

Y respecto de los dos últimos episodios, las vacilaciones e incongruencias en que incurrió la supuesta víctima en la descripción de los ataques previos introducen un notable factor de incertidumbre que arrojan una sombra de duda acerca de la verosimilitud de su relato, que es incompatible con la convicción firme y exenta de dudas en que ha de asentarse cualquier pronunciamiento condenatorio en la esfera penal.

En este caso, la madre y la menor se acogieron a su derecho a no declarar contra su esposo y padre respectivamente, y a pesar de haber otras pruebas inculpativas, como la bayeta con la que la menor manifestó que su padre se limpió después de mantener relaciones sexuales con él y que fue hallada por la policía en unos matorrales, se absolvió al acusado (**SAP M 15688/2016**): “Alejo manifestó, a propósito de la bayeta intervenida y del semen habido en la misma (ff 481, 495), que su tío le comentó que se había limpiado con aquella tras mantener relación con una mujer conocida por el testigo, así como que la bayeta en cuestión fue adquirida con posterioridad al episodio pretendido por la Acusación como acaecido “un día de junio de 2015”, f 110. (...) Refieren las peritos que a propósito de la situación actual “refiere expresamente creer en lo denunciado por su hija porque conoce de detalles íntimos de su padre” que “sólo se conocen si has dormido con él”, siendo así que la data en ambos episodios desde luego afecta a la valoración de las conclusiones expuestas en el informe en cuestión, sin que en el informe en cuestión se describan esos “detalle íntimos”, afirmando las peritos en el acto del plenario no recordar cuáles fueran (grabación jh.o.).(...) Que fuera habida una bayeta (f 477), en un descampado el 16.10.15 (f 436), bayeta en la que no se cuestiona el hallazgo de semen del acusado, sobre la que el acusado manifestó que la adquirió con posterioridad al tiempo en que se afirman en el relato fáctico acusatorio esos concretos hechos, manifestando igualmente que con ella limpió el coche tras mantener relación con una mujer, amén de venir a ser corroborado por la testifical -ya hemos dicho- de Alejo, y aun con lo que la tal versión pudiera conllevar de interesado y exculpatorio pudiera conllevar, es a todas luces claro que, en el contexto del acervo probatorio, en modo alguno se erige, ni aun se aproxima, a un indicio racional de criminalidad para en relación con los hechos por los que devino acusado para con Tarsila, y aún menos a un indicio racional de criminalidad de tan singular potencia acreditativa como para tener aptitud

para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado”.

En este caso la víctima tiene un discapacidad física del 75% y a pesar de que su relato es coherente, tiene una secuencia lógica, y es reiterado, la sentencia es absoluta para el acusado (**SAP B11541/2017**): En cuanto al primero de los parámetros de valoración, relativo a la falta de credibilidad subjetiva, que se desglosa en tres circunstancias, si bien no apreciamos la existencia de móviles espurios, ni la intención de proteger a otra persona ni otro interés especial de cualquier clase, si existen unas características psíquicas de la testigo, afecta de un retraso mental con una discapacidad psíquica del 75%, según resulta de la documental aportada, que determinan que su relato de los hechos acaecidos carezca de una secuencia lógica y coherente en sus diversas manifestaciones, solo dando respuesta a las preguntas que se le formulan se pueden obtener datos concretos, pero a la vez, atendida la discapacidad psíquica que presenta la testigo, que la hace una persona influenciable y vulnerable, estas preguntas realizadas en las diversas declaraciones prestadas (policial, relato en el hospital, judicial, valoración psicológica y declaración en el juicio oral), y el lapso temporal transcurrido desde que ocurren los hechos (enero 2014), pueden suponer tal como se expresa en el informe psicológico de la testigo (folios 209 a 212) que ella haya ido incorporando a los hechos que pueda tener almacenados en su memoria episódica, otros hechos o modificaciones de los mismos (...) Por tanto, el Tribunal estima que las características psíquicas de la testigo evidenciadas por el Tribunal en el acto del juicio, suponen un hándicap para dar plena credibilidad subjetiva a su declaraciones, en especial respecto de hechos muy concretos que sólo aparecen en el relato tras preguntas, que sin poder ser calificadas de burdamente sugestivas, en realidad, atendida la limitada capacidad de la testigo se realizan de tal forma que sólo precisan de una afirmación o negación.

La víctima tampoco es creída en este caso (**SAP M 1732/2016**), no sólo por sus problemas psicológicos (trastorno límite de la personalidad, desestructuración familiar, carente de apoyos socio afectivos, dependiente emocionalmente, etc.), sino también porque después de los episodios de violencia que narra, fue a casa de la madre del acusado. Llama la atención según refiere la propia sentencia, que en otra ocasión el acusado la acompañara al médico, obviando que esos comportamientos que la sentencia entiende extraños pueden ser debidos precisamente a las carencias socio afectivas y a la dependencia: Tenía rasgos de trastorno límite de la personalidad : una notable impulsividad (folio 334), relaciones interpersonales difíciles claramente dañinas para sí misma por miedo a la soledad (folio 334 y manifestaciones de los Forenses en plenario), imagen propia deteriorada y autoinculpación de las cosas (manifestaciones de los Forenses en plenario). El núcleo de convivencia original de Olga ha presentado un alto ni-

vel de desestructuración familiar, con una serie de elementos que explica el informe pericial psicossocial (folio 631), lo que le determinó la privación de unos modelos adecuados educativos, familiares y de pareja, así como del necesario afecto, lo que le hace más susceptible de caer en cualquier situación más perjudicial para ella (manifestaciones en juicio de las autoras del informe pericial psicossocial). De esta manera, en el momento de producirse los hechos, tenía una gran vulnerabilidad social al carecer de apoyos socio afectivos sólidos y estables en el momento de los hechos (folios 631) que le hace más susceptible de caer en cualquier situación más perjudicial para ella (manifestaciones en juicio de las autoras del informe pericial psicossocial).

(...)La situación psíquica de Olga sufrió un deterioro con repetición de crisis de ansiedad, intentos autolíticos y otras conductas peligrosas para sí misma, temporalmente asociado con la relación mantenida con el denunciado, con posteriores sentimientos de infravaloración y culpabilidad que cumplen criterios de trastorno por estrés agudo, con reducción del conocimiento de su entorno, desrealización, síntomas acusados de ansiedad así como deterioro social y laboral, y que aparecieron ya en el primer mes del inicio de la relación, y que no son sólo una mera exacerbación del trastorno preexistente (folio 336). Y durante este periodo (de una duración aproximada de 4 meses), Olga sufrió crisis de ansiedad y 3 intentos autolíticos, que remitieron tras la ruptura con el denunciado (folios 593 y 594).

En la **SAP GR 1174/2017**, la menor que convive con su abuelo y la pareja de éste. Aunque existen informe psicológicos que presentan indicadores compatibles con los hechos denunciados, que explican que el silencio de la víctima es un mecanismo de defensa, (que por su parte la menor en un momento de distensión con la familia de acogida relató los hechos denunciados), y aunque exista una testigo que vio como el abuelo le lamía la oreja a la menor, se absuelve al acusado por considerar que las pruebas no revestían la suficiente entidad.

### 4.3. Vejaciones injustas o lesiones

Las vejaciones injustas se encuentran hoy, reguladas en el artículo 173.4 del Código Penal, dentro del Título VII llamado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, que literalmente establece que:

“4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

Las personas recogidas en el apartado 2 del artículo 173 son: “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.”

Parecería pues que las vejaciones injustas o injurias que sufren las personas que no se hallen entre las que referencia el artículo 173 en su apartado 2 no constituyen ilícito penal punible a partir de la reforma del CP del 2015, si bien existe controversia sobre ello como veremos más adelante.

Como decimos la supuesta despenalización de las injurias y vejaciones injustas que trae el nuevo Código Penal del 2015, tiene su explicación en que esta modificación del libro penal supone la desaparición de las faltas, estableciendo que las conductas penales constituirán delito o delito leve, englobándose algunas conductas que con el C.P. anterior eran faltas, en esta nueva clasificación de delitos leves. Así en el Código Penal anterior estaba recogida como falta en el apartado 2º del artículo 620 que “serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”

Este artículo establecía la pena para aquellos que desarrollen la conducta penada tanto sobre una persona desconocida como sobre personas con las que se

mantenga una relación de las que recoge el artículo 173.2 C.P.

La modificación del C.P. que conllevó la destipificación de las faltas y por lo tanto las injurias y vejaciones, añadió un apartado al artículo 172, el número 3, en el que debía subsumirse la conducta que antes recogía el artículo 620.2, que recogería dichas conductas ya vistas como coacción leve.

La Sentencia **SAP B 1120/2016** condena al agresor por delito de coacciones por guiñar un ojo a una menor y propinarle una palmada en el culo considerando el ataque a la dignidad más que a la libertad sexual: “Por tanto, la conducta del acusado respecto a la menor Frida, consistente en hacerle un guiño con los ojos y darle una palmada en el trasero cuando él entraba y la menor salía del supermercado DIA, no alcanzan la entidad suficiente para ser calificada como un delito de abusos sexuales, sino más bien como un delito leve de coacciones del art. 172.3 CP, vigente a la fecha de los hechos, al haberse desarrollado, en palabras de las sentencias antes citadas, de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual.”

Si bien nos hemos ubicado a nivel legislativo, ¿qué consideran los tribunales que es una vejación injusta? ¿Qué conductas son punibles como vejaciones injustas? ¿Qué bien jurídico es el que se protege?

Según la RAE vejar es maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer. Otras definiciones añaden a estas acciones el que se denigre en su condición humana. Asimismo la definición de “oprimido” recoge que es aquel que está sometido a la vejación, humillación o tiranía de alguien.

La **SAP J 529/2017** reproduce una Sentencia del Tribunal Supremo de S 28-10-2015, nº 661/2015, rec. 212/2015, que califica como vejación “estos ataques livianos a la intimidad de las personas como un delito leve de coacciones al haber desaparecido la falta de vejaciones injustas tras la LO 1/2015, por “tener mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que su indemnidad sexual, al cometerse los hechos de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia, aunque concorra el ingrediente sexual del tocamiento de una parte del cuerpo (F J 5)”.

En la sentencia referenciada (**SAP J 529/2017**) se considera que: “la conducta del acusado respecto a la menor Delia, consistente en abrazarla fuerte y darle un beso en la comisura de los labios como saludo y abrazarla fuerte y darle un beso desde el pómulo a los labios como despedida, no alcanza la entidad suficiente para ser calificada como un delito de abusos sexuales, sino más bien como un delito leve de coacciones del art. 172.3 CP, al haberse desarrollado, en palabras de las

sentencias antes citadas, de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual de los besos en el labio, en la conducta descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual.”

Entre estos “ataques livianos a la intimidad de las personas” se advierten en otras sentencias los siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo de 22-6-2016, nº 547/2016, rec. 2174/2015: “nos encontramos con unos roces/tocamientos por encima de la ropa por la espalda, glúteos y órgano sexual de las menores, efectuados de forma episódica en el curso de la clase de guitarra que daba a ambas menores, sin que pueda precisarse la reiteración de tales roces o tocamientos sin que exista prueba de que eran casi todos los días de clase.

Sentencia del Tribunal Supremo nº 1302/2000 de 17 de Julio: consideró vejación injusta acercarse por la espalda a una joven y meterle la mano por debajo del abrigo y de la falda realizándole tocamientos a los que puso fin por los gritos de ella.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28-10-2015, nº 661/2015, rec. 212/2015: “El hecho probado se concreta en la acción del acusado consistente en que cuando la perjudicada “estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble..., con ánimo lúbrico, le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose Amanda inmediatamente e intentando darle una patada, abandonando a la carrera el acusado el lugar”.

**SAP CA 738/2017:** Nos encontramos pues ante un beso en los labios propinado a plena luz del día, en la vía pública, rápido, sin mantenerse en el tiempo y superficial, sin introducción de la lengua, lo que desde luego no puede entenderse como un acto ejecutado en un contexto sexual. Obviamente este acto generó un malestar en la menor y una reacción de asco porque, como ella misma manifestaba en su declaración, no le conocía para eso, pero tal acto no pasa de ser unas meras vejaciones injustas que, desde el 1/7/15 por la entrada en vigor de la L.O. 1/15 se encuentra despenalizada”

**SAP GR 842/2017:** En este caso, el contacto corporal ha consistido en dar dos besos en la mejilla a las dos niñas, Almudena y Matilde (en ningún caso a requerimiento de éstas, como pretende el acusado), y en dar sendas palmadas en el glúteo de tales menores, con más o menos presión de su mano sobre la nalga de las niñas.

Compartimos con el Ministerio Fiscal que se trata de una conducta inadecuada e impropia de un profesor con unas alumnas ya preadolescentes, que no encuentra justificación ni siquiera en los propósitos invocados por el acusado, tales como procurar motivación, estí-

mulo, apoyo, recompensa o empatía a las menores por su buen comportamiento en la clase, o como forma de tranquilizarlas o reforzar su confianza tras haberle contado aquellas que habían tenido un incidente con la anterior profesora en el aula ATI a propósito de un ruido que habría hecho Matilde y que la profesora atribuyó a Almudena. Esos loables fines a los que alude el profesor acusado en amparo de su actuación estaban igualmente a su alcance sin necesidad de contacto físico alguno con los menores. Otro tipo de manifestaciones de confianza que implicasen tal contacto físico pudieron emplearse (por ejemplo, en el hombro, en los brazos, incluso en la cabeza), y ello dada la escasa relación que ambas menores tenían con dicho profesor, que llevaba muy pocos días trabajando en el centro escolar para cubrir una sustitución y que no era profesor ordinario de ninguno de los citados menores.

Ahora bien, dicho lo anterior, y sin perjuicio del alcance de la conducta en el ámbito académico o docente, en modo alguno podemos atribuir a tales actos una incuestionable connotación sexual, como pretende la parte acusadora privada y como la aplicación del delito de abuso reclama. Se trata de acciones seguramente inadecuadas pero de un equívoco sentido libidinoso, y las que pudieran presentar una mayor significación impúdica, las palmadas o cachetes en el culo, aun con el gesto de agarre a que aluden los tres menores, son actos tan fugaces y de tan escasa significancia sexual que no pueden ser encajadas en el tipo delictivo al que la acusación particular alude.

**SAP B 13482/2017:** Así las cosas, cabe plantear si un beso en la boca más bien fugaz, de escasa intensidad y duración debe ser incardinado en un delito de abuso sexual o bien en una falta, en aquel entonces, de vejación injusta. Es decir, de beso esporádico consistente en contacto de los labios, lo que vulgarmente se conoce como “un pico”. Ni que decir tiene que, en el supuesto de autos, ese in consentido, repentino e inopinado beso en la comisura de los labios de la víctima en modo alguno tenía una muestra de afecto propia de una cada vez más extendida práctica o costumbre social de dar un pico o piquito, y en tal sentido cabe consultar internet y que se estila en el ámbito de amigos y amigas, padres e hijos, y familiares con sus sobrinos o nietos o incluso amigos de los padres con los hijos de éstos.

SEPTIMO.- Este Tribunal no alberga duda acerca de la intención del acusado en cuanto a que su comportamiento obedeció a un ánimo lascivo, libidinoso, de inequívoca satisfacción sexual. Es decir, la inconcusa concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Ahora bien, cabe interpelarse si esa conducta enjuiciada rebasó el ámbito propio de una falta de vejación injusta de carácter leve.

**SAP M 3604/2017:** Se está en presencia de leve tocamiento externo a través de la ropa de forma fugaz



y episódica, sin que exista reiteración de tal roce o tocamiento, ni prueba que lo pueda acreditar. A la hora de tipificar los hechos enjuiciados en la calificación jurídica procedente y en contra del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, consideramos que siendo reprochable penalmente, carecen de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual por el que venía siendo acusado. Se está en presencia de leve tocamiento externo como ya se ha dicho. Ello en virtud del principio de proporcionalidad que rige en la ley y jurisprudencia sentada en muchas resoluciones (art.49.3 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Sentencia del T.S. nº2174/15 de fecha 22/06/16, por todas).

**SAP M 2914/2017:** El acusado Antonio, condenado ejecutoriamente en virtud de sentencia penal firme de la fecha 26 de mayo de 2010, dictada por el JUZGADO DE LO PENAL Nº1 DEL BURGOS, en la causa nº422/09, por un delito de abusos sexuales a menor a la pena de multa de 21 meses a razón de 6€, pena que se extinguió el día 5/01/15, trabajaba como camarero del establecimiento DIRECCION002 sito en la CARRETERA000 de la localidad de DIRECCION000 el día 11 de abril de 2015.

Se está en presencia de leve tocamiento externo a través de la ropa de forma fugaz y episódica, sin que exista reiteración de tal roce o tocamiento, ni prueba que lo pueda acreditar. A la hora de tipificar los hechos enjuiciados en la calificación jurídica procedente y en contra del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, consideramos que siendo reprochable penalmente, carecen de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual por el que venía siendo acusado. Se está en presencia de leve tocamiento externo como ya se ha dicho. Ello en virtud del principio de proporcionalidad que rige en la ley y jurisprudencia sentada en muchas resoluciones (art.49.3 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

**SAP T 783/2017:** Así, es criterio reiterado en nuestra jurisprudencia (SSTS de 4 de junio de 1999, 17 de mayo de 2001, 21 de febrero de 2001, 11 de diciembre de 2006, 22 de junio de 2016) que cuando se trata de contactos corporales breves o elementales, el elemento determinante para considerar el hecho como delito de abusos o como falta de vejaciones es el de la concurrencia o ausencia de ánimo lúbrico del sujeto activo, presente cuando hay delito y ausente cuando hay falta.

En el caso que nos ocupa no se ofrecen datos en los hechos declarados probados para poder inferir ese ánimo lúbrico. No se determinan las zonas corporales afectadas por los intentos de tocamiento, ni tampoco donde se realizaron los besos, siendo evidente que la zona afectada es muy ilustrativa del ánimo del sujeto, resultando socialmente aceptado y penalmente admitido que los tocamientos en órganos genitales, u otras zonas erógenas o sus proximidades son reveladores de un deseo de satisfacción de necesidades libidinosas.

Siguiendo con el relato circunstancial de los hechos, tampoco se describe en los probados, el tiempo en que se produjeron los hechos, o el número de besos o intentos de tocamientos, la persistencia en la conducta, en definitiva, algún elemento que permitiere apreciar, inferir, destilar de la conducta del acusado, un ánimo lúbrico que llevase a la calificación delictiva sostenida en la sentencia.

Creemos por tanto que, los términos en los que los hechos declarados han sido redactados, estamos ante una invasión superficial o leve de la intimidad corporal, besos e intentos de tocamientos (y en consecuencia no consumados) sin que se hayan descrito circunstancias que permitan sugerir propósitos más incisivos sobre la libertad sexual (en términos de las SSTS de 22 de junio de 2016, 17 de octubre de 1997, 12 de mayo de 2000, 3 de octubre de 2002) por lo que opinamos que no se puede hablar de un ataque con la suficiente entidad para calificarlo como abuso sexual, siendo más adecuada al parecer de esta Sala la calificación jurídica de falta del art. 620.2 CP, tipo penal cuya pena además aparece más adecuada al disvalor sobre el bien jurídico.

Concluyendo tal y como está construido el hecho probado, desde el punto de vista gramatical es una conducta que por su levedad es más un ataque al honor y a la dignidad que a la libertad sexual y que debe ser calificada como falta de vejaciones injustas.

Vemos pues que besos en la boca, tocamientos de pechos, glúteos y zonas genitales superficiales, rápidos y subrepticios, por encima de la ropa son clasificados como falta de vejaciones injustas y cuando se han realizado entre maestro/alumno mayor o menor de edad, compañeros de trabajo, o desconocidos, han supuesto, en muchos casos la absolución al estar destipificadas las faltas (SAP T 783/2017, SAP B 13482/2017, SAP M 2914/2017, SAP M 3604/2017, SAP CA 738/2017, SAP GR 842/2017, entre otras).

También es cierto que se han encontrado excepciones que califican conductas similares como abuso y no como vejación, sobre la base de entender que aunque sean tocamientos superficiales, si se hacen sobre personas que no se conocen, con las que no hay relación previa de ningún tipo, objetivamente únicamente puede encontrarse explicación en la satisfacción de un ánimo libidinoso de quien así actúa.

El ánimo libidinoso es un elemento subjetivo del tipo cuya presencia no se exige para dar lugar a una condena, puesto que basta que el hecho en sí mismo considerado sea o merezca el calificativo de ataque a la libertad sexual y a la intimidad del sujeto pasivo. El tocamiento de zonas concretas socialmente aceptadas como sexuales (boca, pecho, nalgas, genitales) y no otras (cabeza, hombro, brazo) dejan traslucir un evidente intento de satisfacción de un ánimo libidinoso en quien actúa.

**SAP M 9230/2017:** Máxime cuando la versión de la me-

nor se ve plenamente ratificada por la declaración que el acusado vierte en el acto del plenario, reconociendo como se aproxima a la menor a la que no conocía previamente y le pasa el brazo por el hombro, si bien en su legítimo derecho de Defensa niega que le tocara el pecho, o al menos que lo hiciera voluntariamente, y que nunca le guió en su acción un ánimo lubrico, limitando su actuación a un intento de comunicación oral por recordarle a su hermana pequeña. Sin embargo esta versión de descargo de lo realizado no puede ser menos creíble, pues no puede por menos que sorprender que un adulto se acerque a una niña de 10 años de edad a la que no conoce absolutamente de nada y ni siquiera la ha visto con anterioridad, y con la que en principio difícilmente puede comunicarse de forma verbal cuando se trata de forma evidente de una niña china, con los rasgos propios de su raza, y el adulto es natural de Bangladesh que no habla el chino y dice no conocer el idioma español, lo que hace harto difícil, por no decir imposible, entablar cualquier conversación; como no se entiende por qué tiene que pasar la mano por encima del hombro de la menor y mucho menos por qué ha de llegar a tocar su pecho, por mucho que le pueda recordar a una hermana. A este hecho objetivo únicamente puede encontrarse explicación en la satisfacción de un ánimo libidinoso de quien así actúa. No debiendo olvidarse que como reiteradamente enseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la sentencia nº1209/2000 de 6 de julio, “es ajena al ámbito de la presunción de inocencia los elementos subjetivos del injusto típico, que por su naturaleza espiritual e inaprensible para los sentidos no son susceptibles de prueba directa, y han de deducirse mediante juicios de inferencia a partir de los datos y circunstancias objetivas acreditadas”.

**SAP B 14408/2017:** “el acusado simulando que se caía le tocaba con la mano el pantalón en la zona de las nalgas; que ella- pensando que se había caído- le preguntó si estaba bien y éste, aprovechó, diciéndole que la había manchado, para introducirle una mano bajo el pantalón y la ropa interior y “frotarle” los glúteos durante unos 5 a 10 segundos; y pese a que ella le decía que parara, no retiró la mano voluntariamente, por lo que la testigo tuvo que hacer fuerza para quitarla.

Por tanto, el tocamiento, ni fue fugaz ni liviano ni superficial, y en cuanto a la connotación sexual, si bien la parte corporal afectada, las nalgas, no determina “perse” -como bien indica el recurrente- que el acto sea subsumible en el tipo de abuso sexual, y requiere la ponderación de otros aspectos concomitantes, en el caso de autos éstos lo confirman. Así, resulta inequívoco la presencia del elemento sexual por: a) la introducción de la mano bajo la ropa interior de la menor, lo que difícilmente resulta compatible con la versión del acusado de que era para “limpiarle”; b) la prolongación en el tiempo de la situación; c) el acto de “frotar” y no de otro tipo de contacto y; d) la persistencia del acusado en seguir con la mano en el interior de la ropa interior de la Sra. Ángeles , y la necesidad de que ella tuviera

que sacarle la mano empleando cierta fuerza para ello.”

En la siguiente sentencia la Sala entiende que los hechos tiene suficiente gravedad para superar el leve reproche social que representa la falta de vejaciones (**SAP M 16057/2017**): “Este Tribunal de apelación es conocedor de que existe Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de la que sirve de ejemplo la sentencia de 13 de julio de 2017 , en la que se considera que la acción de vejar de la falta de vejaciones injustas del art. 620 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos ahora enjuiciados puede afectar al honor y a la dignidad personal y puede incidir en la esfera de la intimidad sexual, por lo que cuando los hechos concretos, aunque concurren en ellos el ingrediente sexual, sean de escasa entidad tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejaciones injustas de carácter leve, que hoy constituiría el delito de coacciones leves del art. 172.3 del Código Penal vigente. Pero este Tribunal de apelación considera que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida tienen la suficiente gravedad como para superar el leve reproche social que representaba la falta de vejaciones injustas, siendo más ajustado a la gravedad de tales hechos su castigo como delito de abuso sexual.

Debiéndose tener en cuenta a tales efectos que el acusado no se limitó a roces o tocamientos fugaces o sorpresivos, sino que incluso llegó a usar la fuerza física para llevar a cabo los tocamientos sobre la vagina de la víctima de su conducta.

Es curioso también la absolución a un acusado que lo es en el marco de un procedimiento con 13 víctimas, en el que al acusado se le imponen 9 delitos de abusos sexuales continuados sobre menores, pero se le absuelve en el caso de otros tres menores por entender que su conducta es constitutiva de una falta de vejación, Sentencia con referencia (SAP M 2461/2017): “En el presente caso, y en relación con las tres conductas descritas , nos encontramos con unos roces/ tocamientos por encima de la ropa por la espalda y glúteos de las menores, efectuados de forma episódica, sin realizar el acusado ninguna acción o movimiento que pudiera calificarse de sexual o de incitación a una sensación en este sentido por parte de los menores, esto es que no se ven implicados en un comportamiento sexual por el hecho de que el acusado coloque la palma de su mano inmóvil en el lugar en el que se sienta el niño, o que le toque la espalda por debajo de la ropa sin llegar al culo, según relata otro de los menores implicados, sin que pueda precisarse la reiteración de tales roces o tocamientos sin que exista prueba de que eran casi todos los días de clase. Por ello, a la hora de tipificar los hechos enjuiciados en la calificación jurídica precedente, consideramos que siendo reprochables penalmente, carecen de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual, debiendo estimarse como constitutivos de dos vejaciones continuadas injustas

del art. 620-2º Código penal, texto de la L.O. 5/2010 en vigor al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Se está en presencia de leves tocamientos externos a través de la ropa de forma fugaz.

Según el Código Penal en una vejación, el bien jurídico protegido es la integridad moral o la dignidad de la víctima y no la libertad o indemnidad sexual que es lo que se protege en los abusos sexuales y en las agresiones sexuales, de ahí que la vejación esté regulada en el Título VII llamado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Sin embargo, los actos sobre partes del cuerpo que resultan socialmente entendidas como sexuales no pueden solo catalogarse como simples vejaciones, puesto que en ellos se vulnera la libertad del sujeto pasivo para decidir en el ámbito de su intimidad sexual. Naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2º CP...”. (STS 22.06.2016). Si bien, se ha visto que no existe unanimidad en esta consideración acerca de lo que un tocamiento de pecho por ejemplo, o una palmetada en las nalgas supone, (puesto que para unos juzgadores es vejación y para otros es abuso sexual), tales tocamientos en aquellas partes consideradas sexuales (pechos, nalgas o genitales) debe ser considerado abuso, porque está afectando a la libertad sexual de la víctima, no a su integridad moral o su dignidad que estarían subsumidos ya en el bien jurídico protegido por el delito de abuso.

No obstante recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una sentencia manifestando que cualquier tocamiento o roce no consentido con intención sexual implica un ataque a la libertad sexual y debe ser considerado un delito de abuso: “Cualquier tocamiento o roce no consentido con intención sexual implica un ataque a la libertad sexual y debe ser considerado un delito de abuso. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en una sentencia notificada este jueves en la que fija una nueva doctrina para casos en los que había discrepancias entre los jueces, ya que unos consideraban estos hechos como delito leve de coacciones (con penas de tres meses de cárcel a dos años o multa de seis a 24 meses) y otros como delito de abuso (seis meses a dos años o multa de 18 a 24 meses).

La Sala de lo Penal recuerda que el delito de abuso sexual exige un contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra acción con significación sexual. Este contacto, explican los magistrados, puede ser ejecutado directamente por el acusado sobre el cuerpo de otra persona para obtener una satisfacción sexual o puede ser ordenado por el primero para que la otra persona lo realice sobre su propio cuerpo. Siempre que este tocamiento sea impuesto, se considerará abuso. Para la sala, si se dan los requisitos del delito de abuso sexual, el hecho, “aun cuando hubiera sido momentáneo”, debe castigarse así y no como delito leve de coacciones, como ocurría hasta ahora en muchas ocasiones.

El tribunal fija este criterio en una sentencia en la que rechaza el recurso presentado por una mujer contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que confirmó la absolución de un hombre acusado de abuso sexual. En este caso concreto, los jueces no aplican la nueva doctrina porque los hechos probados de la sentencia “no expresan con la suficiente claridad” los requisitos precisos para concluir la existencia de un delito de abuso sexual<sup>81</sup>.

Los hechos ocurrieron en un bar de Villanueva (Córdoba), en agosto de 2015, cuando el acusado rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura a la mujer al tratar de coger las llaves del aseo de señoras, después de haberla seguido hasta allí e intentar entrar dentro con ella. En su sentencia, la sala explica que los hechos probados son “insuficientes” para fundamentar una condena por este delito puesto que no recogen ni la naturaleza sexual del comportamiento del recurrente ni el requisito subjetivo o tendencial que exige el delito de abuso sexual.

En la SAP GR 976/2017 se aprecia la relación entre las partes a través de medios de comunicación que los dos seguían utilizando en la distancia cuando todavía no se había separado, e incluso después de la ruptura para lanzarse reproches de todo tipo por celos o despecho. Sin embargo, ello no es causa que pueda justificar los gruesos términos que el acusado empleaba para dirigirse a la víctima, ni mucho menos para excluir el elemento intencional de hierirla, molestarla y menospreciarla ínsito en la conducta vejatoria en que la infracción penal consiste. Es cierto, como dice el recurrente, que el componente vejatorio de una simple expresión verbal no se puede valorar aisladamente sin tomar en consideración las circunstancias fácticas de toda índole que la rodean, so riesgo de sacarla de contexto. Pero es precisamente la parte recurrente la que trata de descontextualizar sus propias expresiones bajo el pretexto de un “animus retorquendi” que, además de no probado en su descargo, carecería de virtualidad para contrarrestar el carácter objetivamente ofensivo de las expresiones: la agresión verbal fácil, el recurso sistemático al insulto, para cuestionar su moralidad especialmente la sexual, o simplemente para demostrarle su desprecio por preferir a otras personas, o por su modo de ser.

En la **SAP M 6306/2017** se observa que la falta de vejación ha quedado subsumida en la coacción leve sobre la base de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sentido contrario al expresado por el Juzgador, responde negativamente a la cuestión planteada de si, tras la reforma legal que ha suprimido la falta de vejaciones, deberían considerarse atípicas penalmente hablando, conductas como la que se describe en los hechos probados de la sentencia apelada. Así

<sup>81</sup> Noticia en Poder Judicial España, 20/09/2018. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-cualquier-contacto-corporal-inconsentido-de-tipo-sexual-es-delito-de-abuso-y-no-de-coacciones-leves>

se expresa el Alto Tribunal en la Sentencia de 28.10.15: "... no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito".

#### 4.4. Los delitos vinculados

Según las Sentencias analizadas, en el 80% de los casos, no existen delitos vinculados. En el 20% restante existen vinculados el delito de lesiones, como delito leve o como falta de lesiones (destipificada en el CP de 2015) que se da en un porcentaje alto vinculado a la agresión sexual y a los abusos sexuales.

En las sentencias estudiadas, las agresiones sexuales suelen ir vinculadas al delito o falta de lesiones en mayor medida que cuando se produce una sentencia condenatoria por abusos.

Las lesiones causadas en los casos sentenciados como agresiones y abusos tienen que ver con el uso de la violencia por parte del agresor para conseguir doblegar la voluntad de la víctima:

En este sentido, en la **SAP M 14790/2017** "D<sup>a</sup> Milagros y D. Mario se marcharon a un lugar algo apartado, bajo un puente, para llevar a cabo lo acordado, haciéndole la primera al segundo una felación, no sin antes haberse aflojado algo el pantalón D<sup>a</sup> Milagros. Inesperadamente se presentó en el lugar el mencionado hermano del acusado y esto inquietó a D<sup>a</sup> Milagros, que le pidió a D. Mario que le dijera al otro que se fuera, insistiendo en ello la mujer, que no se sentía segura con los dos hombres, hasta decirle a D. Mario que no quería seguir haciendo nada, volviéndose hacia el hermano del acusado, momento en el que D. Mario agarró por el cuello con su brazo a D<sup>a</sup> Milagros, presionándole y le tiró al suelo, se colocó sobre ella, le bajó un poco los pantalones que ella ya tenía desabrochados y las bragas, comenzando a tocar su zona genital con la mano, contra la voluntad de la mujer que trataba de impedirlo, con uñas y dientes. En cierto momento D. Mario se quitó el cinturón y lo puso alrededor del cuello de D<sup>a</sup> Milagros, mientras ésta trataba de desembarazarse de D. Mario, el cual arañó en la cara y mordió en una mano, consiguiendo, tras bastante minutos de forcejeo, escapar de él."

En la **SAP B 11327/2016** "la víctima entró en su habitación y vio al acusado que se acercaba a ella y le hacía gestos para indicarle que viniera hacia él, ella se negó y amenazó con llamar a la policía, contestando él que lo hiciera si quería, al tiempo que mostraba un cuchillo que ya portaba. Finalmente, entró en la habitación, se dirigió hasta donde estaba ella, ya llorando, le golpeó con el mango del cuchillo en la frente y lo apoyó y desplazó por su hombro izquierdo y su espalda izquierda, llegándole a causar dos heridas superficiales, todo ello con clara intención intimidatoria. Después, a pesar de que ella gritaba y pedía ayuda, la agarró de los brazos y la lanzó sobre la cama, donde, tras lanzar el cuchillo sobre la cama, seguía dándole golpes con las manos, así como le golpeaba la cabeza contra la pared o le agarraba con fuerza la mandíbula. Acto seguido, tras quitarle algunas prendas de ropa y pese a la resistencia física que mostraba, el acusado penetró vaginalmente a Sonia, llegando a eyacular. Poco después, abandonó la habitación, momento que aprovechó ella para vestirse apresuradamente y salir corriendo de la vivienda. Ya en la calle, cuando comprobó que él no la seguía, se sentó en el suelo llorando hasta que recibió la atención de un viandante".

En la **SAP B 1632/2017** "estando concertado con los otros tres hombres, y guiados un ánimo libidinosos y con el propósito de obtener una inmediata satisfacción sexual, mantuvo el cuchillo en el cuello, ordenándole que se mantuviera quieta, comenzando acto seguido todos ellos a levantarle la falda que vestía, tocándole la vagina, momento en que uno de los no identificados sacó un objeto con apariencia de revolver, y ante la resistencia de la Sra. Mariana, le golpeó en la cara, cayendo ésta a suelo, lo que fue aprovechado por el Sr. Ernesto, para, bajándose los pantalones y manteniendo el cuchillo en su cuello, colocarle el pene en su cara e introducirse en la boca, y ante la resistencia de la mujer, le propinó varios puñetazos empujándole la cabeza hacia atrás. Instantes después, ayudado de los otros hombres sujetó a la mujer, se colocó encima de la misma y comenzó a penetrarla vaginalmente, girándola y penetrándola a continuación analmente, en varias ocasiones, propinándole varias patadas al acabar y empujándola hacia los otros hombres, quienes también penetraron a la mujer de forma alterna tanto por vía anal como bucal y vaginal, eyaculando, mientras ésta se resistía lo que provocaba que todos ellos la golpearan y la sujetaran, con ánimo de atentar contra su integridad física, prolongándose esta situación hasta las 07.30 horas aproximadamente. A pesar de ello, la Sr. Mariana intentó huir por lo que el acusado le clavó el cuchillo en la pierna derecha para evitarlo, lo que no impidió que ésta se distanciase unos metros y saliera a una calle más concurrida, momento en que los tres hombres no identificados, marcharon con el bolso, siendo, no obstante, perseguida por el Sr. Ernesto, quien le dio alcance intentado volver a penetrarla, siendo sorprendido por Onesimo, quien iba caminando por la zona, y quien observó como la mujer estaba boca abajo, de

rodillas, con las bragas a la altura de los tobillos cerca de un árbol, mientras el acusado por detrás la sujetaba del cuello, teniendo los pantalones bajados y mostraba el pene, por lo que intervino inmediatamente agarrando al acusado y sujetándolo contra la pared, atendiendo a continuación a la mujer quien se le abrazó, lo que fue aprovechado por el Sr. Ernesto para salir corriendo, seguido de cerca por el Sr. Onesimo, quien a pesar de no llegar a alcanzarlo lo vio con todo detalle y facilitó a la policía una precisa descripción que permitió minutos después, cerca de una estación de metro la detención”.

La **SAP GI 234/2016** especifica: “Una vez allí y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, el procesado, en tono conminador, le dijo a Rogelio que se la tenía que chupar, obligándole a que se pusiera de rodillas ante él; sin embargo Rogelio consiguió zafarse momentáneamente golpeando al procesado. Aun así, éste lo alcanzó y, con ánimo de menoscabar su integridad física le dio un puñetazo en la nariz, lo empujó contra un vehículo y lo llevó de vuelta a la entrada del parking, en donde nuevamente le obligó a ponerse de rodillas, sacó su pene y se lo introdujo en la boca, obligándole a hacerle una felación. Instantes después el procesado, ante el nuevo intento de Rogelio de huir, lo empujó contra una pared y le dijo que se dejara hacer una paja, a lo que éste accedió por miedo, bajándose los pantalones, momento en el que el procesado cambió de opinión, llevándole otra vez hasta la entrada de parking en donde le hizo arrodillarse con la intención de que le hiciera nuevamente una felación. En ese momento, y como consecuencia de la alerta que había dado una vecina por las llamadas de auxilio de Rogelio, llegaron dos patrullas de los Mossos d’Esquadra, por lo que el procesado cesó en su acción, se abrochó parcialmente la bragueta y salió hacia la calle con Rogelio, quien pidió ayuda a los agentes”.

En la **SAP B 2630/2017** se observa: “TERCERO.- Queda probado que sobre las 01:30 horas del 23 de junio de 2015, Narciso, con igual propósito de satisfacer sus deseos libidinosos, abordó a Delia a la altura del nº 17 de la Avenida Can Serra de L’Hospitalet de Llobregat pidiéndole que le chupara el pene que exhibía, y ante el intento de aquélla por esquivarlo, el procesado la agarró del brazo, y tras forcejear con ella la empujó contra un coche allí estacionado donde continuó resistiéndose e intentó zafarse de aquél, quien finalmente, después de oír el ruido de persianas de las viviendas colindantes se dio a la fuga. CUARTO.- Queda probado que como consecuencia de los hechos anteriormente descritos Delia sufrió dos equimosis de 3 cm de diámetro en el brazo izquierdo y dolor en el hombro izquierdo que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, tardando en curar 5 días”.

En los casos de sentencias condenatorias por abusos, observamos que las lesiones se producen como consecuencia de varias conductas. En el caso que recoge la **SAP B 14035/2016** vemos que las lesiones causadas al

menor tienen que ver con la detención ilegal por la que también se condena al acusado, por darle golpes para obligarle a andar, así como retenerlo una vez en el lugar en el que se produjo el abuso. La sentencia lo recoge en los siguientes términos:

“Durante el trayecto, y puesto que el menor quería volver al parque con sus hermanos, el acusado, con ánimo de menoscabar su integridad física y obligarle a que siguiera caminando, golpeó al menor por diversas partes del cuerpo y le agarró fuertemente de los brazos, forzándole a seguir el camino. Una vez allí, y ante la negativa del menor a entrar en la casa, el acusado, con igual ánimo, le tiró del pelo y le agarró fuerte de los brazos, obligándole a entrar. Acto seguido, le dijo al menor que se bajara los pantalones y que “le enseñara la picha”, procediendo a tocarle los genitales. Luego, le dio la vuelta y continuó tocándole el culo, para, posteriormente, subirle los pantalones. Tras ello, el acusado, con el mismo ánimo de menoscabar la integridad física del menor, y consciente de que se encontraban en una casa en ruinas y llena de escombros, empujó al menor, haciendo que se cayese por un desnivel y lo dejó solo en el interior, mientras salía a fumar un cigarro. Después de un rato, y cuando el menor logró salir por su propio pie, el acusado le agarró del brazo y emprendió de nuevo el camino, siendo localizado por el padre del menor, quien llevaba buscando a su hijo durante horas. II. -Como consecuencia de estos hechos, el menor sufrió lesiones consistentes...”.

En el siguiente caso también se condena por abuso sexual, a pesar de que también hay lesiones, debido a que el consentimiento fue viciado por encontrarse la víctima en estado de semiinconsciencia (SAP B 14414/2017): “aprovechando ese estado de semiinconsciencia de esta y actuando guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, tras despojarse de su ropa el acusado y tras desnudar parcialmente a doña Marí Jose, quien en ningún momento prestó su consentimiento ni opuso resistencia a los actos llevados a cabo por el procesado debido al estado en que se encontraba, se colocó encima de aquella y la penetró vaginalmente en una ocasión, sin que conste acreditado que llegara a eyacular en su interior.

Como consecuencia de estos hechos, doña Marí José, resultó con erosión superficial en el introito vaginal, pequeño hematoma en los lados derecho e izquierdo del labio inferior, discreta tumefacción y hematoma en el lado izquierdo del mentón, dos sugilaciones en región laterocervical derecho, cuatro erosiones lineales superficiales sobre el dorso del dedo pulgar derecho y de la muñeca, hematoma redondeado de menos de 1 cm. sobre el flanco derecho y hematoma lineal de unos 3 cms. con una anchura de unos 0,5 cms. en la cara posterior de la axila izquierda.”

Seguidamente a las lesiones, el delito vinculado que más se aprecia en las sentencias analizadas es el del maltrato en el ámbito familiar.

En el caso que recoge la SAP M 17059/2016 vista en Apelación, se revoca una sentencia de primera instancia en la que el imputado era condenado por agresión sexual, por amenazas y por maltrato habitual, condenando al acusado únicamente por el delito de maltrato habitual en ámbito familiar, y ello a pesar de otorgar credibilidad a la declaración de la víctima y reconocer su conducta de maltratador. La sentencia de apelación considera probados:

“Se mantienen como probados: “Resulta probado y así se declara que las partes han sido matrimonio con convivencia durante 48 años no habiéndose seguido proceso matrimonial para legalizar la situación de separación de hecho que mantienen desde el año 2014. Resulta probado y así se declara que el acusado durante el matrimonio con la denunciante y hasta su separación en el año 2014, ha venido dispensando a su esposa Reyes un trato vejatorio y autoritario, imponiéndole sus formas de vida y controlándole a todos los niveles, económico, no dejándola usar la tarjeta de crédito, ni manejar su dinero propio dándole una asignación de 40 Euros al mes para sus gastos y limitándole también con respecto a sus relaciones de amistad.

Asimismo consta que en la presencia del hijo de la pareja incluso cuando el mismo era menor de edad la ha humillado y vejado mediante expresiones como puta, golfa, inútil”, “todo lo que hay en casa ha salido de mis cojones” que no valía para nada, golfa, me cago en tu puta madre”...y similares. Tales situaciones han tenido lugar igualmente delante de su hijo ya mayor de edad y su nuera que han presenciado como la humillaba en público, diciéndola “tu cállate, mejor no hables” haciéndolo con manifiesto desprecio y asimismo múltiples expresiones como “ignoran gilipollas no sirves para nada analfabeta”, resultando probado que la mujer no solo no provocaba a su marido en forma alguna, sino que callaba, quitaba importancia y sufría con temor la ira con que el acusado la trataba. La víctima no reclama indemnización civil alguna.”

En la **SAP M 2171/2016** también se observa el delito de maltrato en el ámbito familiar: “el supuesto de autos concurren los elementos del tipo, habida cuenta de que Marí Luz mantuvo una relación sentimental con el acusado de seis o siete meses de duración y el día de los hechos Luis Pedro agredió a la misma, causándole un menoscabo en su integridad física, siendo evidente la relación de causalidad entre los golpes propinados por aquél con manos y piernas en el cuerpo de Marí Luz y las lesiones sufridas por ésta, que son imputables a título de dolo al acusado, que la agredió con la evidente intención de causarle dicho menoscabo en su integridad física. Por otra parte, dado que ambos se encontraban en el domicilio de los padres de Marí Luz, que convivía con sus padres, ha de apreciarse la concurrencia del párrafo 3 del artículo 153 del Código Penal.”

Por último, se observa también en la **SAP B 10908/2017**:

“PRIMERO.- El procesado Alejandro, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, en fechas Indeterminadas, pero en todo caso durante el año 2013 y hasta febrero de 2014, en el domicilio familiar sito en CALLE000, núm. NUM002, NUM003, NUM004 de la localidad de DIRECCION000, con ánimo libidinoso y de satisfacción sexual, aprovechando las ventajas que le brindaba la relación paterno filial que le unía con la menor, el distinto rol familiar, la gran diferencia de edad y el hecho de convivir en el mismo domicilio, durante la noche acudió en reiteradas ocasiones a la habitación de su hija menor Asunción, nacida el NUM005 de 2002, cuando ésta tenía 10 y 11 años de edad, introduciéndose en la cama de ésta, dónde tras tumbarse a su lado le bajaba los pantalones y la ropa interior penetrándola analmente llegando a eyacular, sin que la víctima opusiera resistencia atendiendo al miedo que le generaba ser agredida por su padre si se negaba. SEGUNDO.- El procesado, durante la convivencia familiar sometió a su hija Asunción a un clima de violencia física, obligándola a realizar las tareas de la casa, prohibiéndole hacer los deberes. Asimismo, y con intención de humillarla, le profería expresiones como “hija de puta”, “chupapollas”. También, y guiado por la intención de menoscabar su integridad física, en numerosas ocasiones la propinaba bofetadas con la mano abierta, la cogía del pelo y le daba golpes con los nudillos en la cabeza.”

Otro delito vinculado que se ha encontrado en las sentencias analizadas es el de provocación sexual (art. 183 bis C.P.). En la sentencia que seguidamente citada se condena al imputado por delito de abuso sexual, y a los padres de la menor se les condena por provocación sexual por conocer y consentir el abuso del tercero sobre su hija menor a cambio de prebendas: SAP J 1186/2017: “Los Acusados, Efrain y Sandra , padres de la menor, no solo consintieron dicha situación, sino que se aprovechaban de la misma pues el acusado les compraba comida y bebida en abundancia, sin que informados por su hija mayor María Inés de lo que estaba sucediendo adoptarían medida alguna para proteger la integridad sexual de su hija menor.”

Asimismo hay otros delitos que circunstancialmente están relacionados con los delitos sexuales y que se pueden citar a modo ilustrativo, tales como: robo con intimidación (**SAP M 15188/2017**), corrupción de menores, exhibicionismo, abandono de menores, apropiación indebida, entre otros.



## Parte III

# La violencia institucional en el procedimiento judicial

## 5. El Procedimiento

### 5.1 La rapidez de la justicia: tiempo transcurrido entre la agresión y la sentencia<sup>82</sup>

Por lo que concierne a la fecha de los hechos que se enjuiciaron durante los años 2016 y 2017, la mayor parte de ellos sucedieron 3 años antes (36 meses), específicamente el 47,31% de los casos. Destacan las sentencias **SAP B 14003/2016**, **SAP MA 80/2016** o **SAP M 14553/2017** cuyos hechos acaecieron en 2002, 2001, 2000 respectivamente. En este sentido, es importante decir que, en los dos primeros casos, no consta fecha de la denuncia en el redactado de la sentencia, y en el tercero la Audiencia madrileña señala que la denuncia se interpuso en abril del 2010.

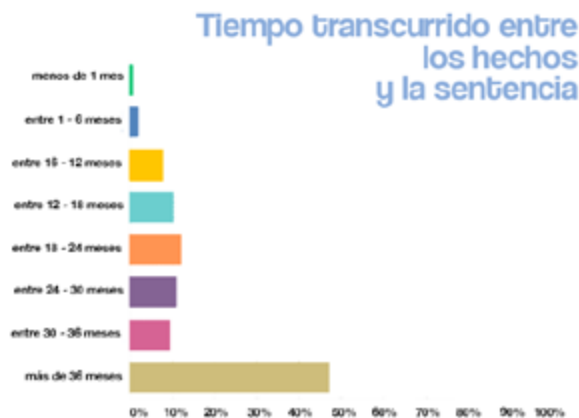
Por otra parte, tan sólo en un 10,18% de las sentencias analizadas, los hechos encausados sucedieron dentro de los 12 meses anteriores. A modo de ejemplo, **SAP GI 1358/2017**, siendo la fecha de sentencia el 8 de noviembre de 2017 y los hechos del 22 de enero del mismo año o bien **SAP M 16119/2017**, siendo la fecha de la sentencia el 30 de noviembre de 2017 y los hechos del 12 de abril también de ese año. En ninguno de los dos casos se especifica fecha de denuncia.

Como se desprende de la lectura íntegra del presente informe, la **denuncia** es un elemento de vital importancia que alcanza su auge al hablar de credibilidad (de la víctima) o temporalidad. Respecto a este último concepto, el tiempo, es conveniente decir que, de las 169 sentencias analizadas, en tal sólo un 29,9% encontramos, de forma expresa, fecha de denuncia.

Siguiendo los ítems de la gráfica, pero esta vez, teniendo en cuenta la fecha de denuncia y la fecha de sentencia, nos encontramos con unos resultados muy similares. Han pasado más de 36 meses en 18 sentencias de un total de 50. A modo de ejemplo, en la **SAP B 1535/2017**, los hechos ocurrieron el 19 de mayo de 2013 y la denuncia se interpuso el mismo día. Llama la atención que tanto la víctima, el padre de éste e incluso el propio acusado fueron hasta las dependencias policiales. Sin embargo, la fecha de la sentencia es de 13 de febrero de 2017. También en la **SAP M 14553/2017**, los hechos ocurrieron en el año 2000, 10 años después se denuncia y el 13 de noviembre de 2017 se dicta sentencia (en este caso, el Ministerio Fiscal solicita la absolución al entender que no existe hecho delictivo. Afortunadamente, tanto la acusación particular como la Audiencia Provincial opinaban diferente).

Dentro del parámetro “30 -36 meses” encontramos 5 sentencias (**SAP AL 139/2016**, la denuncia es de 20 de agosto de 2013 y la sentencia de 16 de febrero de 2016, **SAP MA 294/2017**, de la que se desprende que los hechos datan de 15 de abril de 2013, la denuncia de 5 de junio de 2014 y la resolución de 6 de febrero de 2017. Dentro del año tan sólo tenemos 5 sentencias entre las que cabe destacar la **SAP M 15363/2016** ya que los hechos son del 26 de agosto de 2016, la denuncia de un día después y la sentencia de 10 de noviembre de ese mismo año.

En todo caso, la práctica judicial debería abogar por la celeridad. Se debería acentuar la tendencia a reducir los plazos procesales, en especial cuando están en juego tanto determinados derechos fundamentales como la persona en sí. No obstante, la casuística demuestra que independientemente de la fecha de la denuncia, desde el acaecimiento de los hechos hasta que se dicta sentencia firme transcurren más de 36 meses (3 años): en un 47,31% de los casos se evidencian dichos plazos como se demuestra en la gráfica.



Asimismo, conviene recordar que se trata de delitos semipúblicos por lo que la continuidad del proceso y, por ende, su dilación en el tiempo no queda supeditada a la voluntad de la parte denunciante, sino estrictamente al órgano judicial. Ello determina que la dilación en el proceso que revictimiza a las mujeres es responsabilidad única de la justicia. Además este extremo ha de ser contrastado con la existencia de la atenuante de las dilaciones indebidas, en razón que este alargamiento de los plazos, imputable a la justicia, repercute en la víctima perjudicialmente (en tanto no brinda una seguridad jurídica y la revictimiza en cada instancia procesal).

<sup>82</sup> Se ha tenido en cuenta la fecha de los hechos – no de la denuncia, atestado policial...- y la fecha de la sentencia firme por lo que se incluye los posibles recursos y sus resoluciones.



y en el agresor favorablemente (en tanto configura un atenuante para su pena).

## 5.2 Procedimiento abreviado

Se encuentra regulado en el art. 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se ocupará de juzgar aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a los 9 años o penas de distinta naturaleza, cuantía o duración, ya sean únicas, conjuntas o alternativas (como la multa, inhabilitación...).

Consta de tres fases diferenciadas: instrucción o de diligencias previas, intermedia o de preparación del juicio oral, y juicio oral penal.

Pese a que, si después se determina que los hechos deberían ser juzgados por otro procedimiento, éstos se enjuiciarán por el proceso que corresponda, es fundamental resaltar que, como se ha dicho anteriormente, el procedimiento abreviado sólo se contempla para aquellos hechos tipificados como delito, según nuestro Código Penal, siempre que la pena de prisión no supere los 9 años o para cualquier otro tipo de pena.

Tomando como referencia el concepto de “**bien jurídico protegido**”, es conveniente mencionar la evolución que éste ha sufrido a lo largo de las reformas del Código Penal.

En la LO 3/1989, de 21 de junio se pasó de los “delitos contra la honestidad” a los “delitos contra la libertad sexual”. Una década más tarde, con la LO 11/1999, de 30 de abril, la rúbrica sufre otra modificación para incorporar, junto a la libertad sexual, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Así pues, si desgranamos el bien jurídico protegido del Título VIII del CP, nos encontraremos con dos dimensiones, por un lado la **libertad sexual** (entendida como la disposición libre del cuerpo a efectos sexuales y el derecho a no involucrarse en un comportamiento de naturaleza sexual no deseado, es decir, la capacidad de disponer tanto del propio cuerpo como el libre ejercicio de la sexualidad) y, por otro, la **indemnidad sexual** que de modo absoluto, vendría a ser el derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros, en cuanto al bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso de formación sexual de los menores e incapaces y de modo relativo, el correcto proceso de formación, en materia sexual, de menores e incapaces, para que posteriormente decidan libremente y no actúen como objetos sexuales de terceras personas.

Resumiendo, en todo caso y ya sea agresión o abuso, la protección será para la libertad sexual (mayores de 16 años) y para la indemnidad sexual (menores e incapaces).

Nos encontramos con una doble preocupación: ¿el legislador tiene claro el valor de dicho bien a la hora de

establecer las penas? ¿Qué margen tiene el sentenciador para subsumir el hecho en un artículo u otro del CP?

En cuanto a la primera pregunta y como consta en la gráfica del siguiente apartado, la media de la pena privativa de libertad, en los delitos de violencia sexual, es de dos años. El legislador, a la hora de establecer la pena, ha comparado la libertad sexual con otros bienes como la salud pública cuya pena oscila entre los 6 meses y los 5 años. No cabe duda de que es urgente una teoría de la legislación que apueste por un marco conceptual adecuado y objetivo.

Respecto la segunda cuestión, sólo hace falta echar mano de las sentencias analizadas para darnos cuenta que el juez no valora, de forma suficiente, el bien jurídico protegido en los delitos de violencia sexual.

A modo de ejemplo, tenemos la **SAP MA 2682/2017**: “[...] guiado por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales, y sin el consentimiento de Tatiana, comenzó a realizarle tocamientos en brazos y glúteos para luego besarla en la mejilla... El fallo reza “ Que debo condenar y condeno al acusado Jesús Carlos como AUTOR responsable Criminal, NO concurriendo circunstancias modificativas de la Responsabilidad Criminal; de Un delito de ABUSOS SEXUALES del art. 181. 1 CP, a LA PENA DE DIECIOCHO MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 10 EUROS...” Pese a que no existe consentimiento y su libertad sexual ha quedado coartada, tan sólo se impone una multa. Además, la cuota multa pasa de 10 a 6 euros en Apelación.

También destaca la **SAP B 14048/2017**<sup>83</sup>. El acusado, un médico traumatólogo que ejerce en el servicio de urgencias de hospital sito en Barcelona, es absuelto alegando que la superviviente ha “confundido” la palpación con un abuso y asegurando que ciertos profesionales no pueden delinquir: “la acción médica de palpación pudiera producir en la paciente el efecto o sensación física de tocamiento de la vagina. Teniendo en cuenta que la tan descrita palpación puede provocar el movimiento de los labios vaginales, y también la posición de la paciente (en posición horizontal, que le impedía visualizar directamente la acción del médico, y con las piernas no abiertas), es perfectamente plausible que la testigo viviera como manipulación de la zona vaginal lo que era un efecto físico de la palpación inguinal y pubiana. Este razonamiento ha de completarse, necesariamente, con la reflexión que resulta de la valoración social del hecho. Resulta muy difícil encontrar sentido alguno en que un médico de 55 años, con una larga experiencia profesional, que trabaja en el servicio de urgencias de un hospital desde hace 12 años, realice un acto tan desprovisto de explicación (única y exclusivamente la introducción de dedos en la vagina

<sup>83</sup> La sentencia goza de un voto particular mediante el cual se condena al acusado por abuso sexual. Defiende tanto que la víctima no cuente lo sucedido de forma inmediata, ya que ello no debe implicar un aumento de credibilidad, como que se haya renunciado a una indemnización pues el hecho de denunciar sólo implica la voluntad de que los hechos no vuelvan a suceder.

de una paciente, durante un segundo y sin más interacción). Como carece de sentido que un profesional de ese tipo realice dicho acto en un espacio que permite ser descubierto con facilidad o, dicho de otro modo, un espacio que permite la visión desde fuera y por tanto no garantiza la impunidad (el box tiene un ojo de buey y no dispone de una puerta con cierre hermético, como se desprende la prueba practicada). Y, en relación con lo anterior, no puede obviarse lo ilógico e inverosímil que resulta, desde la perspectiva de la tesis de la acusación, la inexistencia de quejas o denuncias por hechos similares contra el médico acusado, después de trabajar en el servicio de urgencias durante 12 años y asistir diariamente a decenas de personas... hipótesis alternativa favorable al acusado, que es mínimamente razonable y plausible (y no puede ser tachada de irracional, ilógica o contraria a las reglas de la experiencia), que provoca la presencia de duda objetiva en cuanto a la realización por el acusado del hecho objeto de acusación, es decir, que impide la adquisición de la certeza objetiva suficiente para afirmar la responsabilidad del acusado en el hecho por el que se acusa". En este caso, el juzgador no sólo no valora la libertad sexual si no que fomenta ciertos mitos instalados en la sociedad.

### 5.3 Apelación

Con dicho recurso ordinario se hace efectivo el principio de doble instancia, garantía esencial del Estado de Derecho.

Para el procedimiento ordinario está regulado en los art. 222 y ss. de la LECrim y para el abreviado aplicaremos el artículo 766 del mismo cuerpo legal y algunos preceptos del procedimiento ordinario.

El recurso se fundamentará en alguno de los siguientes motivos:

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia ya que la condena no es razonable atendiendo a la prueba practicada en el acto del juicio. Sin duda, es el motivo más alegado. Algunas de las sentencias que lo recogen son:

**SAP M 857/2016:** “[...] La sentencia dictada en primera instancia es objeto de impugnación por la defensa de Don Daniel que ha sido condenado como autor de un delito de abuso sexual, alegando como motivo error en la valoración de la prueba, con vulneración del principio de presunción de inocencia y de in dubio pro reo”. Se desestima el recurso interpuesto.

**SAP B 941/2016:** “[...]El recurrente, acusado, devenido condenado en la primera instancia jurisdiccional, como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, tipificado en el art. 181.1 y 2 del C.PI, sin mentarlo, como motivo apelatorio en el trata de fundamentar su disenso en pos de un pronunciamiento revocatorio para obtener en esta alzada, tras el juicio revisorio, la predicada absolución, sostiene implícitamente error

en la valoración de la prueba, al tiempo que infracción del derecho a la presunción de inocencia, pues arguye que la prueba practicada en el plenario, a su entender, no tiene suficiente entidad ni virtualidad para destruir aquella presunción”. También se desestima el recurso.

**SAP B 881/2017:** “[...] L’apel·lant impugna la sentència absolutòria dictada en primera instància aduint un únic motiu d’impugnació, el d’error en la valoració de la prova”. En este caso, se absuelve al condenado en primera instancia y se mantiene en apelación. La sentencia invoca jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 120/2009, de 18 de mayo, STC 30/2010 STC 127/2010, STC 167/2002, de 18 de septiembre, STC 88/2013, de 11 de abril, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2 ; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4 ; o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5...) para defender que “resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora”.

**SAP B 14408/2017:** “[...] Invoca el recurrente como motivos de impugnación de la sentencia esencialmente, a) error en la valoración de la prueba”. Se revoca parcialmente la sentencia apelada y las penas, hay dos víctimas, pasan de ser dos años y dos meses de prisión a una pena de 21 meses de multa con cuota diaria de seis euros diarios.

**- Infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil. Siguen este patrón las siguientes:**

**SAP M 15892/2016:** “[...] El recurrente discrepa de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de lo Penal en la sentencia recurrida y con su calificación jurídica por estimar que los hechos enjuiciados carecen de relevancia penal, interesando su libre absolución”. Nuevamente se confirma la sentencia condenatoria apelada.

**SAP B 13482/2017:** “[...] Muestra la recurrente su total disconformidad con la sentencia apelada... se pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal en un primer escrito de conclusiones provisionales ya petitionó el Sobreseimiento por el presunto delito de abuso sexual, al calificar los hechos denunciados como constitutivos, en el momento de cometerse, de la otrora vigente falta de vejación injusta leve, y que posteriormente, por la sobreenvenida reforma del C.P ha quedado despenalizada”. En este supuesto, se estima el recurso por lo que se revoca la condena de instancia por un delito de abuso sexual y se condena por una falta de vejaciones injustas.

- **Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión. Esta pauta se encuentra en:**

**SAP B 13100/2017:** “[...] El recurrente interesa la revocación de la resolución recurrida y postula su libre absolución alegando...quebrantamiento de las garantías procesales...en relación con las penas impuestas y, en concreto, en lo que hace a la duración de la pena de prisión impuesta, a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de instructor de autoescuela y a la medida de libertad vigilada”. El recurso de apelación se estima de forma parcial, se condena como autor de delito sexual, pero se elimina la medida de libertad vigilada.

**SAP GI 171/2016:** “[...] La representació processal d’ Blas s’alça contra la sentència d’instància al legant, com a primer motiu d’impugnació, que s’ha vulnerat el principi acusatori, ja que ni en l’escrit d’acusació del Ministeri Fiscal ni en el de l’acusació particular es fa constar expressament que els actes lúbrics que s’imputen a l’inculpat es duguessin a terme sense el consentiment de la víctima, només es diu que van fer amb ànim libidinós”. También confirma la sentencia condenatoria dictada en primera instancia.

- **(Desestimación de la solicitud de disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo y que tal petición se hubiere desestimado indebidamente).**<sup>84</sup>

En suma, el principio de la doble instancia se erige principalmente como la garantía de una segunda instancia frente a la posibilidad de vulneración de la presunción de inocencia del acusado. Ahora bien, se evidencia en las sentencias analizadas que en la segunda instancia no siempre se tiene en cuenta la perspectiva de la víctima, toda vez que no se puede establecer un pronunciamiento menos favorable para el reo, sino todo lo contrario.

Así, en la **SAP B 881/2017** se especifica que el fallo absolutorio no se podía modificar alegando error en la valoración de la prueba, pues se verían perjudicadas las garantías procesales. Sin embargo sí es perfectamente posible modificar la sentencia a favor del acusado: por ejemplo la **SAP B 13482/2017** (que de “abuso sexual”, en primera instancia, pasa a “vejaciones injustas” en apelación) y la **SAP T 783/2017** con similar pronunciamiento. Siguiendo la misma tónica, en las **SAP J 529/2017**, **SAP B 5202/2017**, **SAP B 11362/2017**, se absuelve al acusado de un delito de abuso sexual y se condena, en apelación, por un delito leve de coacciones.

A juzgar por los ejemplos expuestos, el principio de doble instancia no resulta neutro para las partes ya que el fallo de la sentencia recurrida puede ser modificado

siempre que beneficie al acusado. Nuevamente, la víctima cae en el olvido.

#### 5.4 Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Estos Juzgados fueron incluidos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se establecen como órganos especializados con competencia para instruir los procesos penales relacionados con la violencia de género, es decir, sólo en el ámbito de la pareja.

Conviene decir que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito prevé la formación de los profesionales jurídicos, pero, una vez más, el legislador se ha olvidado de dicha formación que debería ser en todas las instancias.

Como se ha dicho anteriormente, se constituyen como órganos especializados en violencia de género, que en sí ya es un concepto dubitativo, y si ya se pone de manifiesto que exista dicha preparación, la desconfianza aumenta cuando entramos dentro de la órbita de las violencias sexuales. Mención aparte merecen los casos de violencia sexual entre “parejas”. Desde su creación han pasado más de 10 años y la buena formación de los operadores jurídicos continúa brillando por su ausencia.

Algunos ejemplos de procedimientos iniciados en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los encontramos en:

**SAP B 2243/2016:** “[...] Que por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Barcelona se dictó auto de fecha 14 de marzo de 2013, por el que acordó la incoacción de sumario 3/2013 por dos delitos de agresión sexual”.

**SAP T 1660/2017** “[...] Se ha sustanciado ante sección de la Audiencia Provincial de Tarragona, el presente procedimiento tramitado como sumario ordinario por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer”.

#### 5.5 Juzgado de Menores

Como su propio nombre indica, sólo conocerá de aquellos casos en los que el acusado es menor de edad penal y, a tenor del artículo 96 LOPJ, en cada provincia habrá uno o más Juzgados de Menores, con jurisdicción en toda ella y con sede en su capital. Además, si el volumen de trabajo lo aconsejase, se podrán establecer juzgados cuya jurisdicción se extienda a un partido o agrupación o a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma.

En este momento, se podría reiniciar el debate de los órganos especializados. Si existen adversidades para enjuiciar las violencias machistas, las trabas aumentan en el binomio “violencia sexual – menor de edad” ya que la formación se convierte en invisible.

<sup>84</sup> Los delitos de violencia sexual no son competencia de Jurado (art. 2 LO 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado).

Del total de sentencias analizadas destaca que, en un 61,08% la víctima era menor de edad mientras que en tan sólo un 4,19% el agresor era también menor de edad.<sup>85</sup>

Algunas sentencias que proceden del Juzgado de Menores son:

**SAP MA 3274/2016:** “[...] Vistos en grado de apelación, por la Sección Octava de esta Audiencia, los presentes autos de procedimiento penal de Reforma, procedente del Juzgado de Menores nº 3 de Málaga”, “Por el mencionado Juzgado de Menores lo Penal se dictó sentencia con fecha 30 de Septiembre de 2016, cuyo antecedente de hechos probados y fallo se dan por reproducidos”, “contra la sentencia que ha condenado al menor Carlos Jesús como autor de un delito continuado de Abuso Sexual agravado previsto y penado en el art. 183-1, 3 y 4b del Código Penal a la medida de 3 años de Internamiento cerrado y otras”.

**SAP L 156/2017:** “[...] La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto el presente recurso de apelación contra sentencia de 11/11/2016, dictada en Expediente número 108/2016, seguido ante el Juzgado Menores núm.1 de Lleida”, “Por el Juzgado Menores 1 Lleida se dictó sentencia en el presente procedimiento en fecha 11/11/2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “ FALLO.- Que debo condenar y condeno a Santiago ,como autor de un delito de abuso sexual del art.181.1 CP, a la medida de un año y ocho meses de libertad vigilada con tratamiento terapéutico y un año y ocho meses de prohibición de aproximarse a la víctima Adelina ,a una distancia inferior a 200 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, a su domicilio, a su centro docente, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella”).

## 6. La Finalización Del Proceso

### 6.1 Sentencias condenatorias versus absolutorias. Los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo. Las sentencias de conformidad

Del conjunto de sentencias estudiadas destaca que un 65,87% son condenatorias<sup>86</sup> frente al 31,14% que apuestan por la absolución del presunto agresor. Dentro de las **SENTENCIAS CONDENATORIAS**, el fallo se declina hacia el abuso sexual tipificado en el art. 183.1CP. La agresión sexual contemplada en el art. 180.2 CP y el abuso sexual recogido en el art. 182.2 CP son los delitos por lo que menos se castiga. En este

<sup>85</sup> Véase punto 7.1 (Radiografía del agresor. Edad).

<sup>86</sup> No se ha tenido en cuenta la condena por tentativa (véase el siguiente punto).

Tampoco la sentencias que absuelven de delito de violencia sexual, pero se condena por delito de coacciones (SAP J 1120/2016), vejaciones (SAP B 13482/2017), lesiones del art. 617.2 CP (SAP GI 118/2016), lesiones leves en el ámbito doméstico del art. 153.1 y 3 CP (SAP GI 409/2016), entre otras. Véase punto 3.3 (Manifestaciones del tipo penal. Vejaciones injustas o lesiones).

sentido, se debe tener en cuenta que tanto el Ministerio Fiscal como, en su caso, la acusación particular, en su calificación jurídica de los hechos solicitaban la misma tipificación que la establecida en la calificación de las sentencias, aunque solicitaban una condena mayor, lo que rara vez es compartido por el órgano sentenciador.

Teniendo en cuenta la similitud existente a la hora de establecer la calificación jurídica, conviene recordar el artículo 117.1 de la Constitución el cual establece la independencia del Poder Judicial y el alto valor atribuido que implica dicha individualización. A pesar de que suelen ir de la mano, Ministerio Fiscal y Jueces son dos cuerpos diferenciados y el juez debe dictar sentencia conforme a derecho, aunque no se ajuste a las normas morales y/o éticas de su colectivo o afines.

Las Audiencias Provinciales han fallado de la siguiente manera:

**SAP M 14205/2016:** “[...] - En el acto del juicio el Ministerio Fiscal acusó al procesado de ser autor de un delito de abuso sexual de los arts. 181-1 y 4 del Código Penal y solicitó para el mismo las penas de 6 años de prisión... Los hechos narrados constituyen un delito de abuso sexual en el tipo agravado por el acceso carnal del art. 181-1 y 4 del Código Penal... CONDENAR a Daniel como autor del calificado delito de abuso sexual a las penas de cuatro años de prisión”.

**SAP M 14869/2016:** “[...] El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del artículo 183.1.3, inciso primero, 4d) y 74, todos ellos del Código Penal... solicitó la imposición de las siguientes penas: doce años de prisión... La Acusación Particular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual contemplado en el artículo 183.1, 3 y 4, concurriendo, además, la circunstancia prevista en el 5 del mismo, en relación con el artículo 180. 1 circunstancia 4ª y del 74 del CP... solicitó que se le impusiera la pena de 12 años de prisión... Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales, tipificado en los artículos 183. 1. 3, inciso primero, 4d) y 74 del CP... CONDENAMOS a Segismundo como autor responsable de un delito de continuado de abusos sexuales de los artículos 183.1. 3, inciso primero, 4d) y 74, todos ellos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN...”

**SAP GI 1701/2016:** “[...] El Ministerio Público en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, descrito y penado en los arts. 178, 179 y 180.1.4, y 74, del Código Penal, en su redacción a la fecha de los hechos. Interesaba la imposición de una pena de catorce años y diez meses de prisión... Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual (violación) previsto y penado en los artículos 178, 179, 180. NUM000. 3 y 4, y 180.2 del Có-

digo Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal... **CONDENAMOS** a D. Constancio, como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor de trece años, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CATORCE AÑOS, TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**".

**SAP M 1779/2017:** "[...] El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de autos como constitutivos de: A/ Un delito de agresión sexual del artículo 179 en relación con el art. 178, ambos del Código Penal. B/ Un delito de agresión sexual en grado de tentativa del artículo 179 en relación con el 178, 16 y 62, todo del CP... Procede imponer al procesado Balbino por el delito A/ de agresión sexual, la pena de 8 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Prohibición de que el acusado pueda acercarse a menos de 1.000 metros de Pilar, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios, así como de comunicar con la misma por cualquier medio personal, oral, escrito o telemático, por período de 10 años y 7 años de libertad vigilada en virtud de lo dispuesto en el art. 192 CP. De conformidad con el art. 89.5 CP, se interesa que en la sentencia se sustituya la pena de prisión por la expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada en España durante 10 años, cuando el penado hubiera accedido al tercer grado o cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta. Procede imponer al procesado Manuel por el delito B/ de agresión sexual en grado de tentativa, la pena de 4 años de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Prohibición de que el acusado pueda acercarse a menos de 1.000 metros de Pilar, su domicilio, lugar de trabajo y/o estudios, así como de comunicar con la misma por cualquier medio personal, oral, escrito o telemático, por período de 6 años y 5 años de libertad vigilada en virtud de lo dispuesto en el art. 192 CP. De conformidad con el art. 89.5 CP, se interesa que en la sentencia se sustituya la pena de prisión por la expulsión de territorio nacional y prohibición de entrada en España durante 8 años, cuando el penado hubiera accedido al tercer grado o cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta... La Acusación particular en sus conclusiones definitivas, se adhiere a la calificación del Ministerio Fiscal... 1/ **CONDENAMOS** al procesado Balbino, como autor criminalmente responsable de un Delito de Agresión Sexual: Violación, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal, en relación con el 178 del mismo, ya definido y concurrendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a las siguientes penas: - **SIETE AÑOS DE PRISIÓN**... 2/ **CONDENAMOS** al procesado Manuel, como autor criminalmente responsable de un Delito de Agresión Sexual: Violación, en grado de tentativa, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal, en relación con el 178 y 16.1 y 62 del mismo Texto Legal y concurrendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a

las siguientes penas: - **TRES AÑOS Y CINCO MESES DE PRISIÓN**...<sup>87</sup>

Los años de condena fluctúan entre el año (SAP AL 988/2016, SAP J 1121/2016, SAP B 14035/2016, SAP M 14362/2017, SAP M 14203/2017) y los más de 20 años (SAP B 1520/2017: "[...] Condenamos a Alfredo como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales y de dos de violación..., a la pena -por el primero- de cinco de prisión, ... y por cada uno de los otros dos, la pena de trece años de prisión... Se establece un máximo de cumplimiento de las penas de prisión en veinte años, declarándose extinguidas las que superen dicho término máximo").

En el siguiente cuadro – gráfico se exponen los porcentajes con alguna ejemplificación:

TIEMPO CONDENA	PORCENTAJE TOTAL	EJEMPLOS
2 años	23,33%	SAP SE 118/2016 SAP SE 239/2016 SAP B 2243/2016 SAP CO 1146/2017 SAP M 1226/2017 SAP B 14274/2017
3 años	8,08%	SAP MA 80/2016 SAP M 1414/2016 SAP GI 1719/2016 SAP T 1660/2017 SAP B 1150/2017
4 años	15,15%	SAP J 158/2016 SAP H 23/2016 SAP M 14205/2016 SAP M 15363/2016 SAP B 11152/2016 SAP M 1779/2017
5 años	8,08%	SAP M 1457/2016 SAP B 11152/2016 SAP B 12497/2016 SAP M 1090/2017
6 años	5,05%	SAP T 1615/2016 SAP L 846/2016 SAP M 15188/2017
7 años	5,05%	SAP M 17651/2016 SAP M 17878/2017 SAP M 1127/2017
8 años	0%	
9 años	4,04%	SAP M 2171/2016 SAP B 11327/2016
10 años	2,02%	SAP M 14362/2017 SAP B 2395/2017
11 años	1,01%	SAP M 3739/2016
12 años	7,07%	SAP M 5302/2016 SAP M 3571/2016 SAP B 10908/2017 SAP GI 928/2017
13 años	0%	
14 años	3,03%	SAP GI 1701/2016 SAP L 95/2016 SAP B 1632/2017

En lo que respecta a la **ABSOLUCIÓN**, los motivos estrella son la aplicación del principio de presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Antes de continuar, es conveniente aclarar que dichos principios no son sinónimos. El primero de ellos supone que todo investigado es inocente hasta que se demuestre lo contrario en un juicio celebrado con las

<sup>87</sup> En la sentencia hay un voto particular en el que se absuelve a los condenados.

garantías establecidas legamente (inmediación, oralidad, contradicción, publicidad e igualdad). La carga de la prueba corresponde a la acusación. En definitiva, es un principio constitucional que ampara un derecho fundamental (24CE).

El principio *in dubio pro reo* establece, en derecho penal, que en el supuesto de duda a la hora de valorar o apreciar la prueba, el Juez o Tribunal deberá resolver a favor del procesado.

Comparten que no se podrá condenar a nadie sin que se hayan practicado las pruebas pertinentes para demostrar la culpabilidad, pero la presunción de inocencia se centra en la carga probatoria, es decir, en determinar si las pruebas han sido obtenidas con las garantías procesales y el principio *in dubio pro reo* aplica en la valoración y eficacia de dichas pruebas (Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre).<sup>88</sup>

En varias sentencias se alegan los dos principios de forma complementaria como fundamento de la absolución:

**SAP AL 883/2016:** “[...] este Tribunal carece de elementos probatorios suficientemente fiables para considerar acreditado más allá de toda duda razonable que el acusado cometiera los hechos que se le imputa, por lo que no puede considerar desvirtuada la presunción de inocencia que lo ampara. Antes, al contrario, alberga serias dudas ante las cuales no puede sino fallar a su favor en estricto respeto del principio “*in dubio pro reo*”. Ni el testimonio de la víctima ni los de referencia son pruebas suficientes de cargo.

**SAP M 15921/2016:** “[...] En definitiva, concluyó que no se podía determinar la credibilidad o verosimilitud del testimonio de la menor... Es obvio que faltan los elementos de juicio capaces de fundamentar un pronunciamiento de condena, sin que, en virtud del principio “*in dubio pro reo*”, quepa sentar en el procedimiento penal, presunciones de culpabilidad, cuando no existen pruebas convincentes de carácter objetivo o subjetivo que la pongan en evidencia”. Se practicó interrogatorio del acusado, declaración testifical de la parte denunciante y prueba pericial. Sin embargo la Audiencia Provincial concluyó que la declaración de la menor era cuestionable al igual que la cadena de custodia de las pruebas biológicas.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, se podrían mencionar varias sentencias, entre las cuales:

**SAP B 1535/2017:** “[...] no se ha practicado prueba de cargo suficiente que permita desvirtuar la presunción de inocencia”. Llama la atención que se presentaron en las dependencias policiales el acusado, la víctima y el

padre de ésta para interponer denuncia, y sin embargo la Audiencia Provincial entiende que la declaración de la víctima – única prueba practicada – “no ofrece la solidez necesaria para fundamentar en exclusiva una sentencia condenatoria”.

**SAP B 14048/2017:** “[...] La presunción de inocencia afecta al papel de las partes en el proceso y la carga de la prueba, porque son las acusaciones las que deben probar que el hecho ha sucedido y también que el acusado ha participado en él, y a la determinación de la prueba necesaria para ello, porque la responsabilidad del acusado en el hecho ha de quedar probada más allá de toda duda razonable. Esta expresión o proposición comporta la exigencia, no solamente de que la acusación disponga de medios probatorios cuyo resultado apoye o confirme su hipótesis incriminatoria, sino de que su arsenal probatorio sea capaz de excluir cualquier otra hipótesis alternativa, es decir favorable al acusado, que sea mínimamente plausible y razonable. La garantía que contiene la presunción de inocencia significa que si el contenido del cuadro probatorio no permite eliminar la versión alternativa del relato fáctico que ofrece el acusado, se imposibilita la decisión condenatoria y procede la absolución...La conclusión del Tribunal es, pues, que concurre una hipótesis alternativa favorable al acusado, que es mínimamente razonable y plausible (y no puede ser tachada de irracional, ilógica o contraria a las reglas de la experiencia), que provoca la presencia de duda objetiva en cuanto a la realización por el acusado del hecho objeto de acusación, es decir, que impide la adquisición de la certeza objetiva suficiente para afirmar la responsabilidad del acusado en el hecho por el que se acusa”. Existen varias pruebas, declaración del acusado, de la denunciante, del esposo de ésta, de los Mossos d’Esquadra, de la Coordinadora del Servicio de Urgencias, del director de centro hospitalario y pericial forense. Todas sirven para argumentar la presunción de inocencia.

**SAP GI 1611/2016** “[...] En estas condiciones, con un testimonio incriminatorio tan pobre, que no puede ser especialmente completado, porque tampoco ofrece referencias señeras, con el expuesto en fase de instrucción, y con los informes de que determinan la no existencia de elementos fabuladores, pero que en modo alguno determinan la realidad de lo sucedido, con la negativa radical del acusado, la Sala no puede sino dictar una sentencia absolutoria por falta de prueba de los hechos denunciados”. La acusación presenta diversos defectos: no se realizaron pruebas como testimonio de la hermana que presencié un hecho, ni hubo declaración de la abuela, ni inspección ocular de la vivienda. Sin estos medios probatorios se consideró que la declaración de la víctima de 4 años no podía constituir prueba de cargo.

Como ejemplos del principio *in dubio pro reo* se señala:

**SAP M 2154/2017:** “[...] no existen suficientes elementos probatorios fiables como para poder declarar, más

<sup>88</sup> Basells Cid, M. 2014. Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. El jurista. Recuperado de <http://www.eljurista.eu/2014/11/11/diferencias-entre-el-derecho-a-la-presuncion-de-inocencia-y-el-principio-in-dubio-pro-reo/>

allá de toda duda razonable, que el acusado cometió el delito que se le atribuye, por lo que, dada la insuficiencia de la prueba de cargo, debe aplicarse en toda su extensión y eficacia el principio “in dubio pro reo” y procede dictar una sentencia absolutoria a favor de Sabino”. La sentencia pone en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la víctima menor de edad ya que se contradice en sus declaraciones. La víctima tiene que pasar la triple prueba – ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud de la declaración y persistencia en la incriminación – aunque nada dice el tipo penal al respecto.

**SAP MA 294/2017:** “[...] Esta es la situación que se observa en el supuesto enjuiciado por cuanto no existe un vacío probatorio, sino que, del análisis de la documentación aportada y de la prueba testifical y pericial surge en el ánimo de esta Sala una situación de duda que impide obtener el convencimiento pleno en orden a la culpabilidad del acusado, lo que obliga a estimar las alegaciones de la defensa del procesado. Todo ello a pesar que “consideramos que existe una cierta debilidad respecto a la persistencia en la incriminación en el testimonio de la menor, habida cuenta las declaraciones de la menor en el Juzgado de Instrucción, en el juicio oral, e incluso ante la perito psicólogo; estimando esencial el tiempo transcurrido entre los supuestos abusos y la denuncia y posterior primera exploración de la menor”.

**SAP B 14048/2017**, en su **VOTO PARTICULAR** (condenatorio) descarta expresamente la aplicación del principio in dubio pro reo: “[...] el principio “in dubio pro reo” no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e intermediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo. Dudas que, en este caso, como ya hemos señalado, tras el análisis de la prueba practicada, no concurren. En consecuencia, a lo expuesto se dictará sentencia condenatoria”.

Las SENTENCIAS DE CONFORMIDAD son aquellas en las que el encausado admite su culpabilidad, es decir, asume los hechos y se compromete a no recurrir. Siempre serán **condenatorias**. El problema que evidencian las sentencias de conformidad es si realmente contemplan la conformidad de ambas partes o solo la del presunto culpable. En este sentido, en este tipo de decisivos no se puede acceder a la revisión de los hechos, y por lo tanto no hay constancia de cuál fue el comportamiento de la víctima, si otorgó consentimiento, y en este caso, si realmente es proporcional la pena con relación al hecho inculpativo. Se advierte que el centro está puesto en el acusado, y en todo caso en la economía procesal, y no así en la víctima, disminuyéndose considerablemente la pena, lo que puede dejar entrever

como resultado que es más beneficioso atenerse a este tipo de condena que determinar realmente cuál es la reparación que corresponde a la víctima.

La mayoría de estas sentencias se han encontrado en la comunidad autónoma de Andalucía, tal como se demuestra a continuación: Audiencias Provinciales de Jaén, Málaga, Almería. También se han encontrado en Barcelona y Madrid.

**SAP J 1121/2016:** “[...] La conformidad alcanzada por la representación del Ministerio Fiscal, de la defensa y del acusado, ratificada, en la comparecencia celebrada a tal efecto, por el propio acusado D. Leoncio que además ha reconocido plenamente los hechos, obliga a dictar sentencia de conformidad”. En este caso los hechos versan sobre un abuso sexual, pero no existen en la sentencias manifestaciones sobre los extremos fácticos que permitan vislumbrar el lugar de la víctima.

**SAP MA 80/2016:** “[...] Por su parte, la defensa mostró su total conformidad con la anterior calificación, no considerando necesaria la continuación del juicio, lo que fue ratificado en el propio acto por el propio acusado, quedando el mismo visto para sentencia. También hace referencia a un abuso sexual.

**SAP AL 392/2016:** “[...] Recibidas las actuaciones en esta Sala se señaló para el juicio el día de hoy, a cuyo inicio el acusado y su defensa manifestaron su conformidad con la siguiente calificación acusatoria... Asimismo, procede acordar en sentencia la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por un periodo de tres años, visto el dictamen favorable del Ministerio Fiscal y oída la defensa, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.1 del Código Penal”. Se condena por tentativa de agresión sexual. Por confinidad también se suspende la condena privativa de libertad.

**SAP B 14035/2016:** “[...] el Ministerio Fiscal puso de manifiesto que había alcanzado una conformidad con la Defensa del acusado, y por ello, sin perjuicio de la ratificación de los términos de la conformidad por parte del acusado, modificó las conclusiones... En el mismo acto del plenario, se abrió un turno de palabra a las partes, oyéndoles acerca de la posibilidad de conceder a dicho acusado, devenido condenado, el beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas...”. En este caso también se acuerda la suspensión, pero se trata de un abuso sexual.

Otras sentencias de conformidad, que siguen la tónica anterior, podrían ser SAP M 14368/2016 (abuso sexual), SAP T 1605/2016 (abuso sexual en grado de tentativa), SAP J 1186/2017 (delito continuado de abuso sexual), SAP B 2243/2016 (dos delitos de abuso sexual).

La **SAP GI 234/2016** merece una mención aparte ya que el acusado reconoce todos los delitos que se le imputan (agresión sexual con penetración, robo con

violencia e intimidación y delito leve de lesiones) pero no se pone de manifiesto que se haya conseguido una conformidad (la pena privativa de libertad es de un total de 5 años). En este caso también concurren dos atenuantes: de reparación, en tanto ofrece una suma dineraria que la víctima acepta, pero por otro lado la atenuante de embriaguez, especificando que los hechos han sido cometidos en tal estado por el acusado.

## 6.2 La calificación jurídica de los hechos en grado de tentativa

Otra figura que destacar sería la **TENTATIVA**. A tenor del art. 16 CP *“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*.

Se puede presumir que la tentativa se ha configurado para ampliar el campo de la responsabilidad criminal. No cabe duda de que la tentativa es un mero “accidente” en la ejecución del delito la cual se ha visto frustrada por la intervención de un tercero o por la resistencia de la víctima. De acuerdo a ello, la figura de la tentativa no es sinónimo de desistimiento. Éste se encuentra recogido en el artículo 16.2CP el cual dice *“Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”*. En este contexto, el debate se centraría en saber si la respuesta articulada es válida o bien se debe apostar por una disminución de la culpabilidad.

Pero lo que aquí conviene cuestionar es lo siguiente: si conjugamos agresión sexual con consumación, a nivel jurisprudencial, se entiende que se da dicho delito cuando existe violencia o intimidación (elementos que hacen diferenciar agresión y abuso sexual), tocamientos y ánimo libidinoso del agresor (el hecho de obtener una satisfacción sexual es importante ya que no es lo mismo tocar los órganos genitales de una persona con dicho objetivo que hacerlo con una finalidad terapéutica o curativa). El problema que se detecta en estos casos es el desplazamiento del eje de la discusión desde los hechos objetivos hacia el plano subjetivo del agresor, teniendo en cuenta como parámetro para medir la invasión a la víctima, la intención del agresor a través de su calificación como *“ánimo libidinoso, lujurioso, lúbrico, etc.”* Ello puede ser peligroso, pues la exigencia de este ánimo libidinoso presenta el riesgo de normativizarse, exigiéndose como un requisito para configurar la conducta típica. Por ejemplo, un punto en el que pueden presentarse dificultades de delimitación será en los supuestos de tentativa de agresiones calificadas, caso en el cual, como es aceptado ampliamente por la doctrina, la acción se llevará a cabo de acuerdo a la intención del

agente. Si ésta estuvo encaminada a la consumación, por ejemplo de una penetración, se aplicará la figura agravada en grado de tentativa. Mientras que si la intención se agotaba en la acción realizada, siempre que ya se hubiera llevado a cabo algún acto atentatorio de la libertad sexual, se aplicaría la figura básica (Caruso Fontán, 2006).

Es decir, existe una delgada línea entre la consumación del tipo básico de agresión sexual y la tentativa del tipo calificado por acceso carnal. En este contexto, vuelve a adquirir importancia las disquisiciones sobre el “grado de penetración” sobre el cuerpo de la víctima (Asúa, 2008). Es decir, se toma como parámetro para medir el ataque a la libertad sexual, el grado de acceso carnal, para determinar la consumación del delito o que el mismo no haya llegado a perfeccionarse. El problema en este sentido es, por un lado, que necesariamente se considera una invasión más ultrajante aquella que se perfecciona mediante la introducción del miembro sexual masculino, u otros objetos en el cuerpo de la víctima, como si el ataque previo fuera solo una instancia de peligro en el cual no se está dañando al bien jurídico “libertad sexual”. Para determinar entonces la diferencia de la agresión sexual, entre el tipo básico (sin acceso carnal) y el tipo agravado (con acceso carnal), el legislador sobrevalora “el significado de la penetración corporal sobre otras formas de sometimiento a actos sexuales que pueden considerarse de la misma entidad denigratoria y de afectación a la libertad. (Asúa, 2008)”. Entonces, en el supuesto en el cual la acción típica del sujeto activo es conducida a realizar tocamientos de carácter sexual, pero no llega a efectuar la penetración corporal, se estará ¿ante un tipo básico del art. 178 consumado?, o ¿ante un tipo calificado del art. 179 en grado de tentativa? ¿Y cómo se distingue la tentativa de agresión del delito consumado del abuso sexual? La respuesta parecería estar situada en la intención del agente: si el fin último de la agresión era penetrar a la víctima o no. Es decir, se debe atender al plan del autor, averiguar, según los acontecimientos, cuáles eran sus intenciones. Ahora bien, ¿cómo es posible en las instancia judicial calificar la intención del agente?, o por otro lado, ¿es suficiente ampararse en la intención del agente para determinar el carácter vejatorio de la conducta? Independientemente del grado de ejecución alcanzado existe dolo y como consecuencia el bien jurídico protegido se va a ver afectado. Independientemente del grado de ejecución, existe un peligro para la víctima y este peligro no es valorado en su justa medida.

Según el estudio, las **condenas** por tentativa se reducen a un 3%. Se advierten las siguientes sentencias:

**SAP B 1150/2017** nos remite a la doctrina del Tribunal Supremos (STS nº 592/2002 y nº 154/2006, de 15 de febrero) para definir la tentativa inacabada y justificar la rebaja en dos grados de la pena impuesta “[...] es evidente que nos hallamos ante un supuesto de “tentativa inacabada”, por no exceder la conducta del agresor del mero comienzo de la ejecución del ilícito, por



lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 y en la interpretación que del mismo viene haciendo la doctrina de esta Sala (STS de 14 de Mayo de 2004 , por ejemplo), las consecuencias punitivas de semejante grado de ejecución habrían de ser la de la rebaja en dos grados de la pena inicialmente prevista para el delito consumado...”

**SAP L 858/2017:** “[...] lo cierto es que el acusado no llegó a lograr que Joaquina le hiciera caso y se comportara en los términos de su petición, tal y como ha quedado anteriormente expuesto, por lo que la Sala considera que nos hallamos ante un delito intentado del art. 16 CP, no produciéndose finalmente el resultado buscado por el acusado por causas independientes de su voluntad”.

**SAP B 2630/2017** “[...] el procesado cometió un delito de agresión sexual de los art. 178 y 179 CP en grado de tentativa, pues manifestado su propósito libidinoso, empleó violencia física contra su víctima para vencer su resistencia, no consiguiéndolo por causas independientes a él”. Tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal calificaron los hechos en grado de tentativa.

**SAP T 1605/2016.** La sentencia fue dictada por conformidad entre las partes. “[...]Por la conformidad de las partes, como mecanismo privilegiado de fijación fáctica se declara probado...”, “Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 13 años en grado de tentativa previsto en el art. 183.1 CP en relación con los art. 16 y 62 del mismo texto legal”.

Mención especial merece la **SAP B 1961/20016** ya que el Ministerio Fiscal califica los hechos en grado de tentativa, pero el Tribunal lo rechaza. “[...] Ministerio Fiscal, solicitó la condena para Damaso en atención a las siguientes conclusiones: 2a.- Los hechos relatados son legalmente constitutivos de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 178, 179,16-1 y 62 del Código Penal”.

El órgano jurisdiccional arrebate la tentativa afirmando que “La descripción que de lo sucedido facilita la testigo realiza la conducta típica que consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona obligándole a realizar o tolerar algún acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad. En el caso, el procesado efectuó tocamientos en los glúteos de la menor e intentó bajarle pantalones y ropa interior sin llegar a conseguirlo del todo por la resistencia de aquella, conducta que integra un contacto sexual en cuya ejecución concurre el empleo por el procesado de uno de los dos medios comisivos contemplados en el art.º 178 del C.P ., la violencia, entendida como “la fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”, fuerza que en el caso se evidencia por el acorralamiento en la entrada del parquin donde es agarrada por los brazos y empujada contra la puerta, y concurriendo el ánimo libidinoso o de satisfacción de apetito sexual que resulta del com-

portamiento del acusado inmediatamente anterior, las expresiones que dirige a la víctima ante quien se masturba mientras la persigue por la calle. Rechazamos así la subsunción jurídica de los hechos como delito de agresión sexual en grado de tentativa”.

### 6.3 El sobreseimiento de la investigación

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 634 al 645, recoge lo tipos de sobreseimiento. A rasgos generales, podría decirse que se resuelve mediante auto, contra el que sólo cabe recurso de casación, y es el equivalente al archivo del procedimiento.

Entre las sentencias analizadas, se encuentran algunos ejemplos:

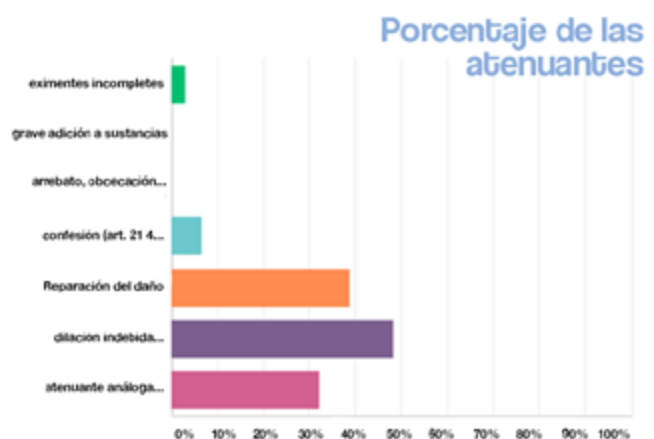
**SAP B 14412/2016:** “[...] En el caso que nos ocupa, el único pronunciamiento posible es la absolución del Sr. Pedro Enrique ante la ausencia de acción penal ejercida en su contra y por exigencia del principio acusatorio. Este principio está recogido en el artículo 24.2 CE implicando, entre otras garantías sustanciales del proceso penal, que nadie puede ser condenado sin que se formule previamente acusación en su contra...”.

**SAP T 1624/2017:** “[...] El proceso penal está regido por el principio acusatorio, en virtud del cual el juez no podrá excederse de los términos del debate tal como han quedado definitivamente fijados por la acusación y la defensa. A estos efectos, la pretensión acusatoria de las acusaciones pública y particular en el momento de fijar sus conclusiones como definitivas, vincula al Juzgador, tanto en su condicionamiento fáctico como en el jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre), de forma que nadie puede ser condenado por cosa distinta que la que ha sido objeto de acusación...”.

### 6.4 Las atenuantes. Especial mención a las dilaciones indebidas

Nuestro Código Penal, en su artículo 21 presenta el elenco de circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

En un 82% de los casos revisados, no se aplica ninguna de las atenuantes. En los casos restantes (17,96%), la estadística sería la siguiente:



**SAP B 2243/2016:** “[...] Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Primitivo , como autor de DOS delitos de abuso sexual , previstos y penados en el art. 181.4 del CP , concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, del art. 23 del CP , y la eximente incompleta del art. 21.1 del CP , en relación con lo establecido en los arts. 96, apartado 11 y siguientes , art. 99 , art. 101 y art. 104 del CP , a la pena, por cada delito , de DOS AÑOS DE PRISIÓN , inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”. El agresor tiene inteligencia límite y trastorno del desarrollo.

**SAP GR 1206/2017:** “[...] CONDENAR y CONDENAMOS a Isidoro, como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual de menor de 16 años previsto y penado en el art. 183,1 y 74 del CP, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de confesión del art. 21,4 CP...” Debido a la confesión, se dicta sentencia de conformidad.

**SAP T 1650/2017:** “[...] Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Juan como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal , en el que concurre la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7ª en relación con el artículo 21.2ª y 21.1ª, todo ellos, del Código Penal , y la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª CP del Código Penal a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a la persona de Dña. Berta . a una distancia inferior de 200 metros, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio frecuentado por la misma POR TIEMPO DE TRES AÑOS Y NUEVE MESES y de COMUNICARSE con ella por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, escrito, verbal o visual, por el mismo tiempo de tres años y nueve meses”. Fue el Ministerio Fiscal quien solicitó, en sus conclusiones definitivas, la apreciación de dicha atenuante ya que el acusado consignó, para hacer frente a la responsabilidad civil, 2000 euros. En su Fundamento Jurídico cuarto, nos explica el concepto de “reparación del daño” y según la cual, la atenuante obedece “a la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito, destacando su carácter absolutamente objetivo, vinculado a que se satisfagan las indemnizaciones que se acuerden en su momento para evitar que se sume a la condición de víctima del delito la de perjudicado... reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal , pues este artículo se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante ( STS núm. 702/2010, 9 de julio ). Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de

perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica ( Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril , entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante, la cual pretende incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello, el legislador ha estimado que resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad”. El legislador debería aclarar porqué la atenuante gira en torno a la superviviente, pero se aplica de forma beneficiosa, al agresor.

**SAP J 1121/2016:** “[...] Que por conformidad de las partes debemos condenar y condenamos a Leoncio. Como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales del art. 183 del Código Penal. Con la atenuante muy cualificada de reparación del daño a la pena de OCHO MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena...”. Se trata también de sentencia dictada en conformidad.

**SAP SE 118/2016:** “[...] Condenamos a Teodoro, como autor de un delito continuado de ABUSOS SEXUALES del art. 183, 1º con aplicación del art. 74 CP anterior a la reforma LO 1715, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y del art. 21.7 en relación con el art. 20-1 del Código Penal, a la pena de DOS años de prisión”. También es sentencia dictada in voce por lo que se cabe plantearse si dicha atenuante va ligada a la conformidad.

**SAP T 1650/2017:** “[...] Que DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Juan como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Pena, en el que concurre la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21. 7ª en relación con el artículo 21.2ª y 21. 1ª, todo ellos, del Código Penal”.

**SAP GI 234/2016:** “[...] Que debemos CONDENAR al acusado Apolonio como autor responsable de un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL CON PENETRACIÓN, un DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN y un DELITO LEVE DE LESIONES, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO y ATENUANTE ANALÓGICA DE EMBRIAGUEZ, a las penas de 4 AÑOS DE PRISIÓN y de PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO POR UN PERIODO DE 10 AÑOS”. Se aplica la atenuante de embriaguez pues el agresor estaba afectado por la ingesta de bebidas alcohólicas lo que provocaba una disminución de la capacidad de

entendimiento y volitiva. Cabe aquí efectuar un paralelismo entre lo que significa en el imaginario social actual, el hecho de haber bebido para el hombre y lo que significa para la mujer. Mientras continúa vigente el estereotipo que culpabiliza a la mujer por haber bebido o consumido drogas, y que desliza su “autoresponsabilidad” en casos de agresiones sexuales, como contrapartida se advierte que para el agresor el estado de embriaguez continúa calificándose como una atenuante en tanto la persona no entendía la criminalidad de sus hechos. Cabe hacer una valoración sobre los resultados negativos que esta atenuante tiene en tanto puede reflejar la reproducción de la conducta del agresor en estado de embriaguez al saberse no condenada.

**SAP B 14035/2016:** “[...] Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado, Pedro Jesús ... como responsable criminalmente, en concepto de autor de ... B) de un **DELITO DE ABUSOS SEXUALES** previsto y penado en el art. 183.1 del C. Penal, conforme a la redacción que se hallaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados, concurriendo en dichos delitos, como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la atenuante analógica de confesión del art. 21.7ª, en relación con el art. 21.4 del C. Penal...” Al existir confesión, nos encontramos, como cabía esperar, con la sentencia de conformidad.

Otro trato requiere la atenuante de **dilaciones indebidas** (21.6CP). Destaca por ser la atenuante más invocada (SAP AL 988/2016, SAP MA 80/2016, SAP SE 239/2016, SAP AL 392/2016, SAP T 1615/2016, SAP GI 1719/2016, AP M 14203/2017, SAP M 729/2016, SAP B 14408/2017, SAP T 1672/2017, SAP T 1578/2017, SAP T 1695/2017, SAP M 14203/2017).

Pese a que los requisitos para su aplicación no están definidos legalmente, la STS 4055/2015, de 30 de septiembre de 2015, entre otras, nos dice que “La Jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la dilación indebida para ser considerada como tal debe ser procesalmente injustificada, extraordinaria, no imputable al inculpado y desproporcionada con la complejidad de la causa”.

Dentro de las sentencias leídas encontramos, siguiendo esta misma línea, la **SAP M 14362/2017** de la que se desprende que “[...] No concurren, en los delitos enjuiciados, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que solicitaron, subsidiariamente, las Defensas de los procesados Ambrosio y Josefina, en razón a una genérica alegación de duración del proceso, por cuanto la misma carece de fundamento. Es cierto que los hechos enjuiciados tuvieron su inicio, en el caso de Micaela, en el año 2005 y en el de su hermana Aurelia en el año 2010, pero la denuncia de los mismos no tuvo lugar hasta el mes de Noviembre de 2015, por lo que ni siquiera han transcurrido dos años desde la instrucción de la causa hasta su enjuiciamiento, debiendo remarcar que el transcurso de dicho lapso de tiempo, además de no resultar excesivo, dada la envergadura

de la causa, no determina por sí sólo la aplicación de la misma sino que es necesaria la constatación de haberse producido en el desarrollo de la causa dilaciones indebidas, que las partes, por demás, no han concretado, por lo que la atenuante no puede ser apreciada”.

Siguiendo el tenor literal de la sentencia y del artículo del CP, la parte olvidada es la víctima. Ahora bien, ¿puede ésta solicitar una indemnización por el retraso, por parte del Estado, en impulsar el procedimiento?

El art. 11.1 LOPJ solicita el respeto a las reglas de la buena fe por lo que ambas partes tienen la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, pero ¿realmente existe una igualdad a la hora de aplicar dicha atenuante?, ¿Puede la víctima solicitar una indemnización por la negligencia, por parte de la institución judicial, del retraso?

En principio la respuesta debería ser afirmativa ya que el art. 24CE dice que “[...] todos... tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” y este “todos” engloba a ambas partes procesales, además si se aprecian motivos para aplicar la atenuante de dilaciones indebidas y así reducir la condena, de manera implícita, se estaría reconociendo el derecho de la víctima a solicitar una indemnización por el retraso procesal.<sup>89</sup>

### 6.5. Las agravantes. La circunstancia mixta de parentesco

En referencia a las agravantes, éstas están recogidas en el art. 22 CP.

Del conjunto de sentencias revisadas, sólo se han aplicado agravantes en un 4.83% y dentro de las agravantes, sólo se han aplicado la de ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente:

**SAP L 95/52016:** “[...] Condenamos a Pedro como autor criminalmente responsable de un delito de violación, concurriendo las agravantes de disfraz y aprovechamiento de tiempo y lugar, a la pena de 14 años de prisión...”

**SAP B 14408/2017.** En apelación se afirma que no se puede aplicar la agravante de “circunstancia de lugar” ya que “[...] si bien el presupuesto de hecho está constituido por el escenario en el que se lleva a cabo la agresión sexual, aislado de la presencia de otras personas capaz de generar, simultáneamente, indefensión para la víctima y por tanto exclusión de ayuda de otras personas, lo relevante es que tal escenario haya sido buscado de propósito o aprovechado, es decir, lo que realmente da vida a la agravante es el elemento teleológico exponente del mayor reproche que merece quien busca

<sup>89</sup> La dilación en el tiempo podría considerarse una forma de violencia institucional, violencia reconocida, de forma indirecta, en el art. 47 de la Llei 5/2008, 23 d’abril, del dret de les dones a eradicar la violencia masculista.

o aprovecha tal lugar ; mayor culpabilidad, en definitiva, que justifica la mayor punibilidad. En definitiva, son dos los elementos que la integran: el objetivo de haberse cometido el delito en paraje solitario, a distancia de núcleos urbanos, lo que exige una valoración concreta en cada caso enjuiciada, y el subjetivo del prevalimiento de esta situación, ya haya sido buscado a propósito o aprovechado con el fin de provocar una mayor indefensión y/o una mayor impunidad... En el presente caso, no concurren los elementos objetivos y subjetivos que dan lugar a la agravante, ya que, si bien el camino es de tierra y discurre en una zona boscosa, no es menos cierto que se encuentra cercano al núcleo urbano y es, según disponen todos los declarantes, el utilizado por los usuarios del tren para acceder a pie a la estación evitando dar un rodeo. Es más, la Sra. Ramona reconoce que cuando fue abordada por el acusado el 22 de junio de 2013 coincidió con un ciclista que circulaba por el camino. La Sra. Ángeles afirmó “es un sitio en el que habitualmente pasa gente” y ratificándose en su declaración anterior en ella había señalado que por el lugar pasó otra joven de unos 20 años. La Sra. Gema, madre de Ramona, se refirió a él, a preguntas de su acusación, como “atajo del tren”. Ello unido a las horas en que se produjeron los hechos, descarta que nos hallemos ante un lugar solitario y aislado que permita apreciar la circunstancia de aprovechamiento del lugar. Por demás cabe añadir, que tampoco ha quedado en modo alguno acreditado que el lugar fuera deliberadamente buscado por el acusado ya que su lugar de trabajo se hallaba en las cercanías del camino y no fue preguntado sobre si había de pasar por éste o se desviaba intencionadamente para acometer a sus víctimas”.

O la de reincidencia:

**SAP H 23/2016:** “[...] Concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal Agravante de Reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal en los delitos de Abuso Sexual...”

En relación con la circunstancia mixta de parentesco, ésta puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (23 CP).

El artículo no determina cuando se aplicará como atenuante o bien como agravante por lo que la jurisprudencia ha valorado el bien jurídico protegido y ha considerado que producirá efectos atenuantes en los delitos contra el patrimonio siempre que no se hayan perpetuado con violencia o intimidación y, por el contrario, actuará como agravante en los delitos contra las personas, la libertad y la libertad sexual (Enciclopedia jurídica. 2014. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/parentesco-agravante-o-atenuante/parentesco-agravante-o-atenuante.htm>).

Sólo la encontramos en un 6,94% (10 casos) y, en todo caso, ha actuado como agravante de la responsabilidad criminal. Este porcentaje resulta irrisorio si tenemos en cuenta que en un 31% de los casos analizados, los agresores eran personas del entorno familiar, es decir, padres, abuelos o tíos.

**SAP B 2243/2016:** “[...] Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Primitivo, como autor de DOS delitos de abuso sexual, previstos y penados en el art. 181.4 del CP, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, del art. 23 del CP...”. La sentencia llama la atención ya que la circunstancia de parentesco se aplica a pesar de que la pareja sólo lleva un año de relación, no conviven, el acusado tiene inteligencia límite y trastorno del desarrollo y la superviviente tiene reconocido un grado de diversidad funcional psíquica del 48%.

**SAP T 174/2017:** “[...] Que debemos condenar y condenamos al Sr. Juan como autor de un delito de agresión sexual del art.178 y 179 CP, con la circunstancia agravante de parentesco”. Las partes son una pareja con convivencia e hija en común.

**SAP T 1660/2017:** “[...] Que debemos condenar y condenamos al Sr. Cayetano como autor de un delito de agresión sexual del art.178 CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art.23 CP...” Casados, con convivencia y con dos hijas en común.

## 6.6. Las penas alternativas

Nuestro sistema penal está orientado hacia la resocialización y reeducación del reo (art. 25 CE y art. 1 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) y con el fin de evitar el estigma que provoca el ingreso en prisión, hallamos las medidas alternativas. Son las siguientes:

- **Trabajos en beneficio de la comunidad** (art. 49CP): consiste en la cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Para su aplicación es imprescindible el consentimiento del penado.
- **Localización permanente** (art. 35 y ss CP).
- La **multa** (art. 50CP): consiste en una sanción pecuniaria y, por regla general, se impondrá por el sistema de días-multa. Es necesario que la pena no supere los dos años de privación de libertad. Tiene dos grandes ventajas, por un lado, no tiene efecto desocializante y, por otro, genera ingresos al Estado. El inconveniente lo encontramos en el posible quebrantamiento del principio de igualdad o el de personalidad vinculados al principio de capacidad económica.

En los siguientes ejemplos, la sentencia ha fallado a favor de la pena de multa:

**SAP T 160/2017:** “[...] condenamos como autor de un abuso sexual del artículo 181.1º CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, a la pena de dieciocho meses de multa con cuota diaria de 6 euros”.

Tanto la **SAP 857/2017** como la **SAP M 16057/2017** confirmar en apelación lo dictado en primera instancia (“[...] Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Daniel como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales ya definido a la pena de dieciocho meses de multa con una cuota diaria de seis euros, : “[...] Que debo CONDENAR Y CONDENO a Nazario - ya circunstancia como autor penalmente responsable de UN DELITO DE ABUSO SEXUAL DEL ART. 181.1 DEL CODIGO PENAL, sin la concurrencia en su conducta de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIECIOCHO MESES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 3 EUROS”, respectivamente.

Por el contrario, la **SAP MA 2682/2017**, también en apelación, rebaja la pena impuesta por la primera instancia atendiendo a la capacidad económica del condenado (“[...] Finalmente se alega que la cuota multa impuesta resulta excesiva a la vista de los ingresos del recurrente. JURISPRUDENCIA 4 Así resulta que el Juez de lo penal ha impuesto la pena de multa en la extensión mínima legalmente prevista, dieciocho meses, (art. 181 CP) pero no procede del mismo modo a la hora de concretar la cuota multa que fija en 10 euros sin expresar que razones le llevan a ello. En consecuencia y visto que el recurrente es un jubilado que percibe una pensión de 928, 70 euros mensuales, como se acredita con la documentación acompañada al recurso, sin que se hayan practicado diligencias a fin de acreditar si posee otros ingresos y estando el mismo defendido por Letrada del Turno de Oficio, estimamos cuota multa fijada por el Juez de lo Penal es excesiva y que procede rebajar la misma a seis euros”).

- **Suspensión** de la condena (art. 80 y ss CP): el órgano jurisdiccional podrá dejar en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad. Es requisito indispensable que el condenado no hay delinuido previamente y que durante el tiempo de suspensión no delinca en el plazo determinado por el juez.

El juez también podrá imponer determinadas reglas de conducta como la prohibición de acudir a determinados lugares o de comunicación y/o aproximación a la víctima / familiares / personas determinadas o la participación en programas formativo, laborales, educación sexual...

Como referencia, tenemos las siguientes sentencias:

**SAP M 14368/2016:** “[...] Se SUSPENDE la ejecución de la pena de 2 años de prisión impuesta a don David durante cuatro años, que comenzará a contar desde el día hoy, con las condiciones siguientes: a) no vuelva a cometer un nuevo delito durante dicho plazo; b) abone los 1.500 euros de la indemnización a razón de

500 euros mensuales mediante su ingreso en la cuenta de consignaciones de este tribunal a partir del próximo mes de diciembre; y c) las prohibiciones durante cuatro años de aproximarse a una distancia de 150 metros al menor Samuel y comunicarse con el mismo por cualquier medio; con la advertencia que si incumpliere cualquiera de ellas podrá procederse al cumplimiento de la pena suspendida”.

**SAP T 1672/2017:** “[...] Condenamos al acusado D. Juan Miguel como autor de un delito de abusos sexuales previsto y penado en los artículos 181.1 y 4 CP... **SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN:** Se suspende la ejecución de la pena de prisión impuesta durante el plazo de TRES AÑOS condicionada a que el penado no delinca durante el plazo de suspensión”.

**SAP B 14035/2016:** “[...] se acuerda la **SUSPENSIÓN DE LA PENA...** durante un plazo de DOS AÑOS , condicionada a que a que no delinca durante dicho plazo, a que cumpla con el compromiso de pago de la indemnización, autorizándole que el pago lo efectúe de forma fraccionada, en 24 plazos mensuales, a partir del presente mes de noviembre y hasta su completo pago, a que lleve a cabo los trabajos en beneficio de la comunidad y a que se someta y siga con aprovechamiento el programa de educación sexual” .

- **Sustitución** de la condena (art. 88 y ss CP): aplicación de pena distinta a la privativa de libertad. Igual que en caso anterior, puede llevar aparejada el cumplimiento de ciertas reglas de conducta.

En el estudio llevado a cabo no se encuentra ninguna sentencia que apueste por la sustitución de la pena. A modo de reflexión, teniendo en cuenta que la pena se configura como reparadora y, a su vez, educativa, no estaría de más que se revisase su función preventiva, además debería existir un reciclaje del proceso pena para que cualquier operador jurídico pudiera “concebir la prisión como última ratio y disponer de un sistema efectivo de sanciones alternativas a la prisión” (Cid, 2010).

## 6.7. Las penas accesorias

Las encontramos recogidas en los art. 54 y ss. del CP. Como era de suponer, impera la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (del total de sentencias condenatorias, se aplica en un 77, 19%). También se han aplicado la prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima.

Si desgranamos las penas accesorias, nos encontramos con:

- **Prohibición de aproximación a la víctima por tiempo de 6 meses a 5 años.** Se ha aplicado en un 48,25% (SAP AL 392/2016, SAP AL 988/2016, SAP SE 118/2016, SAP SE 239/2016, SAP J 158/2016, SAP H 23/2016, SAP M 14205/2016, SAP M

14057/2016, SAP M 14402/2016, SAP M 1436/2016, SAP M 15892/2016, SAP M 16283/2016, SAP M 857/2016, SAP M 729/2016, SAP M 17651/2016, SAP B 11152/2016, SAP B 14035/2016, SAP B 10888/2016, SAP T 1605/2016, SAP CO 1146/2017, SAP CO 1147/2017, SAP GR 1206/2017, SAP J 1200/2017, SAP SE 122/2017, SAP SE 66/2017, SAP M 15237/2017, SAP M 14362/2017, SAP M 14790/2017, SAP M 16476/2017, SAP L 156/2017, entre otras).

- **Prohibición de aproximarse a la víctima por tiempo superior a cinco años.** Se ha encontrado en el 35,96% de las sentencias condenatorias (SAP H 23/2016, SAP M 15360/2016, SAP M 15363/2016, SAP M 14869/2016, SAP AL 130/2017, SAP MA 295/2017, SAP M 14362/2017, SAP 17878/2017, SAP T 1578/2017, SAP T 174/2017, SAP B 2395/2017, SAP B 10908/2017, SAP 1122/2017, SAP GI 926/2017).

En cuanto a los **metros** de aproximación a la víctima, oscilan entre los 25 metros (SAP GI 171/2016) a un máximo de 1000 metros (a modo de ejemplo: SAP B 14035/2016, SAP B 12497/2016, (FALLO. SAP B 10888/2016, SAP B 11188/2016).

En este sentido destaca la SAP M 1226/2017 ya que establece la prohibición de aproximación, pero no detalla nada más. Hay que tener en cuenta que el reo y el superviviente residían en el mismo bloque.

En relación con el **tiempo** de la aproximación, va desde los 19 años (SAP B 11327/2016) a los dos años (SAP B 10888/2016, SAP B 10888/2016).

- **Prohibición de comunicarse con la víctima por tiempo de seis meses a cinco años.** Se ha establecido en un 46,49% de las condenas (SAP AL 988/2016, SAP AL 392/2016, SAP H 23/2016, SAP J 158/2016, SAP SE 118/2016, SAP SE 239/2016, SAP SE 239/2016, SAP M 14205/2016, SAP M 14057/2016, SAP M 17059/2016, SAP M 14402/2016, SAP M 16283/2016, SAP B 11152/2016, SAP M 14362/2017, SAP M 15237/2017, SAP M 14790/2017, SAP M 16476/2017...).

- **Prohibición de comunicarse con la víctima por tiempo superior a cinco años.** Se halla en un 34,21% de los fallos condenatorios (SAP H 23/2016, SAP M 15360/2016, SAP M 15363/2016, SAP M 14869/2016, SAP M 5302/2016, SAP M 3571/2016, SAP B 12497/2016, SAP B 11327/2016, SAP B 11188/2016, SAP T 1615/2016, SAP GI 1719/2016, SAP L 846/2016, SAP L 95/2016, SAP L 69/2016, SAP MA 295/2017, SAP J 1186/2017, SAP M 17878/2017, SAP M 2869/2017, SAP M 1090/2017, SAP M 1127/2017, SAP M 17878/2017, SAP B 1632/2017, SAP B 2395/2017, SAP B 10908/2017, SAP T 1660/2017, SAP T 1578/2017, SAP GI 926/2017...).

La **vigencia temporal** de esta medida oscila entre los 20 años (SAP L 95/2016) a los 2 años (SAP AL 392/2016, SAP B 10888/2016...).

En esta ocasión, también nos encontramos con alguna sentencia cuyo fallo es indeterminado pues se limita a establecer las prohibiciones sin determinar la temporalidad (SAP GR 1206/2017 “[...] así como de comunicarse con ella, directa o indirectamente...”).

- **Privación de la patria potestad.** Tan sólo se ha aplicado en un 2,63%. Las sentencias, en concreto, son:<sup>90</sup>

**SAP M 15360/2016:** “[...] con intención libidinosa y aprovechando su condición de padre y mayor de edad, llevó a cabo tocamientos de inequívoco carácter sexual en la vagina de la menor, por encima y por debajo de la ropa, todo ello en varias ocasiones y en diversos días”

**SAP M 5302/2016:** “[...] El procesado, Benito, nacido en Ecuador, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encuentra casado con Covadonga, también nacida en Ecuador y sin antecedentes penales, fruto de otra relación tienen dos hijas menores de edad, Carolina y María Luisa... El procesado Benito desde que Carolina cumplió los 12 años vino efectuando a esta casi a diario tocamientos, besos y caricias de manifiesto contenido sexual y con ánimo claramente libidinoso. Conductas que fueron incrementándose en intensidad hasta llegar a la penetración vaginal de la menor”. En este caso, la madre de la menor y su marido fueron condenados como autores de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal.

**SAP B 10908/2017:** “[...] El procesado Alejandro, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, en fechas indeterminadas, pero en todo caso durante el año 2013 y hasta febrero de 2014, en el domicilio familiar... con ánimo libidinoso y de satisfacción sexual, aprovechando las ventajas que le brindaba la relación paterno filial que le unía con la menor, el distinto rol familiar, la gran diferencia de edad y el hecho de convivir en el mismo domicilio, durante la noche acudió en reiteradas ocasiones a la habitación de su hija menor Asunción, cuando ésta tenía 10 y 11 años de edad, introduciéndose en la cama de ésta, donde tras tumbarse a su lado le bajaba los pantalones y la ropa interior penetrándola analmente llegando a eyacular, sin que la víctima opusiera resistencia atendiendo al miedo que le generaba ser agredida por su padre si se negaba...”. La citada sentencia merece una atenta lectura ya que los hechos (probados) resultan vomitivos (la menor era sometida a constantes humillaciones, así como a maltrato físico. También destaca que las agresiones sexuales eran perpetuadas delante de los hermanos menores, los cuales los imitaban entre sí. En la sentencia se aclara que la familia era de etnia gitana motivo por el cual, la menor impedía que la penetración fuera vaginal pues temía la consecuencia de la ley gitana).

<sup>90</sup> Del total de las sentencias sujetas a estudio, un 7,19% la relación entre agresor y superviviente era paternofilial.

Se destaca la **SAP B 11152/2016** ya que en su Fundamento de Derecho noveno afirma que “[...] No se entiende procedente imponer las mismas medidas de alejamiento y prohibición de comunicación en relación con el menor Santiago, hijo del acusado, solicitadas únicamente por la acusación particular, en tanto que de la prueba practicada se ha apreciado una continuidad en la relación afectiva entre padre e hijo no entendiéndose aconsejable para el menor una ruptura de tal relación más allá de la derivada del cumplimiento de la pena impuesta al primero. Por el mismo motivo no se entiende procedente la imposición de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos relativos a la patria potestad” (existen dos supervivientes más, todos menores).

- **Suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.** Sólo se ha encontrado en la SAP M 2470/2017: “[...] Se le impondrá al acusado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y ejercicio de profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad por un periodo de 3 años”.

- **Inhabilitación para el ejercicio de la profesión.** Como referencia tenemos la SAP M 15363/2016 “[...] condena durante 4 años y 6 meses de prisión... e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de médico durante el tiempo de la condena” o la SAP B 13100/2017: “[...] pena de inhabilitación para ejercer la profesión de instructor de autoescuela o cualquier otra relacionada con la docencia durante 9 meses”.

Llegados a este punto, surgen varias dudas. La primera de ellas viene impuesta por la “penosa” regulación de las medidas accesorias en el CP.

El texto legal empieza diciendo que “las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas expresamente, la ley declare que otras penas las llevan consigo” (art. 54 CP). Al legislador se le ha olvidado incluir el resto de las medidas accesorias.

También es importante resaltar que dichas medidas actuarán como “complementarias” a la pena principal por lo que dependerán de lo que el juez decreta en cada caso concreto. Esta discrecionalidad puede provocar ciertas desigualdades entre las supervivientes. Además, al juzgador se le ha olvidado que también pueden ser impuestas para personas diferentes de la víctima.<sup>91</sup>

Otra cuestión que debe plantearse es la eficacia de estas medidas ya que están pensadas desde la perspectiva individual del reo<sup>92</sup> y para valorar su utilidad debería

91 No se ha encontrado ninguna sentencia en la que la medida accesoria se aplicase a persona distinta de la víctima

92 Lo mismo sucede con el elenco de medidas que encontramos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Un ejemplo claro sería la propuesta de movilidad geográfica. ¿Es justo que la superviviente tenga que dejar su residencia habitual, con todo lo que implica?, ¿Por qué no se impone esta medida al agresor?

haberse tenido en cuenta la experiencia de la superviviente (y resto de personas a las que se puede aplicar).

Las cuestiones que surgen son varias: ¿Los metros de prohibición de aproximación, son suficientes?, ¿Qué pasa si residen, trabajan o estudian en el mismo edificio o en fincas colindantes?, Si la superviviente “ha perdonado” y existe un contacto, ¿quién es el culpable del quebrantamiento? El debate está servido.

## 6.8 La libertad vigilada como medida de seguridad

La **libertad vigilada** es una medida de seguridad consistente en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente (art. 106 CP) de imposición obligatoria en los casos de violencia sexual a tenor del art. 192 del CP (**SAP SE 239/2016**: “[...] la medida de libertad vigilada, en los casos del artículo 192 del Código Penal, tiene, al menos en el momento de su obligada imposición en sentencia, la misma naturaleza de consecuencia legal, general y abstracta asociada a la comisión de un delito determinado que es propia de las penas; y por ello mismo le es de aplicación el criterio jurisprudencial establecido para estas de imposición en todo caso cuando sea legalmente procedente, aunque se haya omitido pedirlo por las acusaciones. En la línea que aquí se sostiene, la sentencia 578/2014, de 10 de julio, (F.J. 6.º) subraya que la libertad vigilada, en los casos en que así lo establece el artículo 192 del Código Penal, “es de obligada imposición”, pues se trata de “una medida prevista por la ley con carácter obligatorio...”).

Las obligaciones o normas de conducta que pueden ser impuestas al penado en virtud de la libertad vigilada son las siguientes:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente (**SAP B 10908/2017**)
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo (**SAP B 10908/2017**, **SAP T 157/2017**).
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde reside o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza (**SAP B 140352016**)

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares (**SAP M 3739/2016, SAP B 140352016, SAP M 2476/2017, SAP M 1226/2017, SAP T 157/2017**).

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (**SAP B 10908/2017, SAP L 156/2017**).

El debate presentado en el punto anterior se vuelve a revelar en esta ocasión ya que tampoco se ha tenido en cuenta, para evaluar su ejecución, la valoración de las víctimas. Las medidas se basan en un juicio de probabilidad (de cumplimiento, de reincidencia...) por lo que la rúbrica “Medidas de seguridad” puede resultar osentoso y poco apropiado.

En conclusión, ya se hable de penas privativas de libertad, medidas alternativas o penas accesorias, en todo caso, la “intensidad de la pena debe ser valorada en un contexto de proporcionalidad con otros bienes jurídicos” (Bodelón, 2014: 137)<sup>93</sup>. Y, en este sentido, tanto los operadores jurídicos como la sociedad en general han visualizado que la superviviente es parte fundamental del proceso y, en esencia, ella es el máximo bien digno de protección. Quizá es hora de plantearse una nueva reforma del texto legal, que estaría justificada por la realidad social que impera y que suplica una nueva política criminal basada en la prevención, información, intervención, formación y acompañamiento de las víctimas a lo largo de todo el iter procesal.

## 7. La responsabilidad civil derivada del delito. La reparación del daño

### 7.1. Concepto. Definición jurídica

En el Código Penal el artículo 109.1 establece que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes los daños y perjuicios por él causados.” Supone eso que el condenado por un delito debe asumir la reparación del daño que la conducta delictiva haya producido.

La legitimación para reclamar la reparación del daño corresponde a la víctima así como al Ministerio Fiscal. El artículo 108 del Código Penal establece que, salvo que la víctima renuncie expresamente a su reclamación o se reserve el derecho a reclamar para ejercitarlo en un procedimiento civil, el Ministerio Fiscal puede reclamar para la víctima (esté personada en el procedimiento o no) la indemnización como responsabilidad civil: “la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular, pero si el ofendido renunciare expresamente

su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”.

### 7.2. Cantidad (económica) de indemnización en relación con el delito. ¿Es cuantificable el daño? Comentarios extraídos de las sentencias

Como en muchos otros casos debemos diferenciar la indemnización por las lesiones físicas producidas de la los daños morales. Cuando hablamos de daños morales, nos estamos refiriendo a los daños que produce la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. (Viedma Mendoza). Como consecuencia de esta lesión a la facultad de actuar reconocida por el ordenamiento jurídico, se producen sufrimientos, lesiones en la salud física o psíquica, en la dignidad, perjuicios a los derechos de la personalidad o derechos extrapatrimoniales. El hecho de ser derechos no patrimoniales o extrapatrimoniales dificulta su cuantificación, su propia naturaleza no patrimonial dificulta una determinación y cuantificación precisa.

Los daños morales se nombran, se relacionan, se determinan conceptualmente, pero no están legalmente cuantificados o baremizados como sí lo están los daños físicos por ejemplo, en los casos de accidentes de circulación, en los que existe publicado y actualizado anualmente un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

De ahí que los jueces sólo vengan limitados por las pretensiones de las partes y por criterios difusos de racionalidad social, de prohibición del injusto resarcimiento, que no dejan de tener un componente subjetivo muy elevado por lo abstracto de los propios términos.

Se encuentran así, disparidad de indemnizaciones, y la imposibilidad de vincular quantums indemnizatorios diferentes en casos de agresiones y en casos de abusos, quizá también por el propio absurdo de la diferenciación de estos dos tipos penales.

En las sentencias analizadas es frecuente encontrar la mención de que el daño moral fluye de manera directa y natural del relato de los hechos, como en la **SAP L 95/2016**: “Por lo que se refiere al daño moral, señalan las SSTS de 3.7.07 y 29.1.05 que el mismo no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico, derivando directamente el daño moral de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima ( STS de 22.7.02 )”;

**SAP SE 239/2016**: “Conforme a los artículos 109.1 y 116.1 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos por las leyes los daños y perjuicios por él causados, de modo que toda persona crimi-

<sup>93</sup> Bodelón, E. (2014). “Violencia institucional y Violencia de Género”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, pp. 131-155.



nalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios; quedando la determinación cuantitativa de los daños e indemnizaciones al razonado arbitrio judicial por el artículo 115 del propio Código, dentro de los límites determinados por los principios de rogación y congruencia que rigen el objeto civil del proceso penal.”

**SAP M 1127/2017:** El daño moral, en tipos delictivos como el presente se halla ínsito en la propia naturaleza de los delitos cometidos no precisando de material probatorio adicional para su concesión requiriéndose, únicamente, para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre el mismo, que dicho resarcimiento sea solicitado, como ha ocurrido en el presente procedimiento (STS de 5 de marzo de 1991 y en la STS 26 de septiembre de 1994).

Como hemos visto, si bien se considera que el daño moral se halla vinculado inexorablemente a los delitos cometidos (agresiones y abusos sexuales) y se refiere que no se necesita material probatorio adicional para su concesión sino únicamente que sea solicitado, en la práctica, en la medida en que se aporten pruebas acerca de la constatación del sufrimiento, de su existencia, gravedad, prolongación en el tiempo, la cuantía puede variar.

En la **SAP M 14790/2017**, se recoge que si se solicitó ayuda psicológica o no, si se recibió tratamiento o no, no es lo relevante a la hora de valorar la afectación de la víctima por el hecho, pero sí acusa la inexistencia de un informe de un especialista que pudiera informar sobre este extremo en el plenario, lo que resulta un poco desconcertante o ciertamente incongruente, manifestar que recibir tratamiento no es relevante para la valoración pero seguidamente exigir un médico que acuda al plenario para informar sobre su afectación por el hecho: “D. Mario deberá abonar a D<sup>a</sup> Milagros la suma de 5.000 euros por el daño moral causado a la misma, habida cuenta que no se condena al acusado por delito del artículo 179 del Código Penal, sino por una modalidad básica del delito de agresión sexual, si bien teniendo en cuenta que la forma en la que llevó a cabo la agresión el acusado, tuvo que generar un grave temor en la víctima, pues D. Mario era un desconocido para ella y actuó violentamente, hasta el punto de ponerle un cinturón en el cuello, lo que explica el gran estado de nerviosismo que sufría D<sup>a</sup> Milagros tras el hecho. Si la víctima solicitó o no ayuda psicológica y si siguió tratamiento, no es lo relevante a los efectos de valorar su afectación por el hecho, lo que sería relevante es el informe de un especialista que pudiera informar sobre dicho extremo en el plenario, sometiendo a contradicción su pericia.

D<sup>a</sup> Milagros afirmó que acudió a un centro en abril, porque así se lo indicaron en el Centro al que acudió justo después del hecho y que no fue en abril cuando acudió la primera vez a ser tratada por las consecuencias psicológicas del hecho, pero lo cierto es que se desconoce el exacto impacto que los hechos pudieron causar en la denunciante.

En cualquier caso, no hay duda de que el hecho cometido por D. Mario produjo un serio daño moral a D<sup>a</sup> Milagros, que por ese motivo acudió a denunciarlo, pidió ayuda a un amigo y ha mantenido su acusación a lo largo del tiempo. La profesión de la denunciante, que supone arriesgarse a estar a solas con desconocidos con los que mantiene relaciones sexuales, evidencia que lo llevado a cabo por el acusado tuvo que tener especial repercusión en cuanto a su sentimiento de seguridad, pues para seguir ganándose la vida con la misma ocupación, iba a tener que enfrentarse al temor de que le volviera a ocurrir algo semejante. La ocupación de la denunciante no supone en modo alguno la obligación de asumir, como parte del riesgo de su trabajo, ser agredida sexualmente por los clientes que la contratan. Por ello se fija en 5.000 euros el importe de la indemnización que deberá abonar D. Mario a D<sup>a</sup> Milagros, teniendo en cuenta que ésta había solicitado 6.000 euros como indemnización por haber sido objeto de una violación, que no ha quedado acreditada, como ya se ha expuesto y siendo conscientes de que no es tarea fácil hacer la conversión entre el daño moral y el importe de una indemnización, siendo posible únicamente tratar de valorar las concretas circunstancias de la víctima y la repercusión del hecho en la misma para decidir la importancia de la suma a fijar.

En el siguiente caso, se concede una indemnización de 12.000€, reclamando tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal la suma de 60.000€. El acusado es condenado por un delito de violación, a catorce años de prisión. La víctima manifiesta que desde el día siguiente de la agresión hizo un esfuerzo para continuar en la normalidad, por lo que no ha seguido tratamiento alguno, **SAP L 95/2016:** “En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, interesan que se conceda a la víctima una indemnización de 60.000 euros en concepto de daños morales. La responsabilidad civil “ex delicto” comprende la indemnización tanto de los perjuicios materiales como morales. Por lo que se refiere al daño moral, señalan las SSTS de 3.7.07 y 29.1.05 que el mismo no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico, derivando directamente el daño moral de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (STS de 22.7.02). Tal tipo de daño sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, y atendiendo especialmente a la naturaleza y gravedad del hecho, atemperando las demandas de los interesados a la realidad socio-económica de cada momento histórico. En el presente caso, la existencia del daño moral se deriva de la propia naturaleza de los hechos probados, además de las concretas circunstancias que rodearon los mismos, resultando evidente y necesaria su reparación, aun cuando la víctima manifestare en el acto del juicio que no había precisado tratamiento y que había hecho un esfuerzo por mantener la normalidad en su vida a partir del día siguiente al acaecimiento de

los hechos, lo cual no excluye una inevitable afectación que merece una reparación económica, cuanto menos, para mitigar las lógicas negativas consecuencias de tan detestable agresión. Valorando todas estas concretas circunstancias objetivas y subjetivas, la Sala considera procedente establecer el quantum de la indemnización en la suma de 12.000 euros, devengando la misma el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 576 de la LECivil”.

En el siguiente supuesto la víctima es prostituta, se condena al agresor por un delito de agresión sexual contra ella (tocamientos en el pecho y en la zona genital, ella denunció además introducción de dedos en vagina, hecho que no quedó probado) y el tribunal recoge en la Sentencia, que la agresión de la que la víctima no presenta secuelas psíquicas, merece una indemnización de 2.000€, **SAP M 911/2017**: “Aunque la profesión de la víctima puede endurecer a las personas, no existe ninguna alteración o cuadro psicopatológico reactivo (f55), más fácil cuanto más se vulnera la libertad y la intimidad.

En concepto de responsabilidad civil conforme a los arts. 109, 116 y concordantes del Código Penal el procesado deberá indemnizar por daños morales a D<sup>a</sup> Andrea en las siguientes cantidades, que se estiman razonables a la vista del daño físico y moral causado: 2.000 Euros por la agresión sexual de que Andrea fue víctima.”

En este caso, no se hace referencia a la repercusión de la agresión ni se acredita nada, el Ministerio Fiscal pide 12.000€ de indemnización (**SAP T 1660/2017**): “Por otra parte, más allá del quebranto en su sentimiento de sosiego y seguridad, **no se ha podido identificar una grave afectación en la esfera personal de la Sra. Francisca como consecuencia de los hechos.** En consecuencia, fijamos la pena por el delito de agresión sexual en tres años y un día de prisión, (...). El caso que nos ocupa la lesión de la libertad sexual resulta, desde el punto de vista ontológico, obvio e irreparable. Resulta evidente, desde las máximas de experiencia social y técnica de las que disponemos como jueces, que la situación de agresión sexual a la que la Sra. Francisca se vio sometida le supuso, amén de un ataque inadmisibles a su libertad sexual, un quebranto de su dignidad como persona. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la ausencia de toda labor indagatoria sobre las consecuencias psíquicas y morales que la agresión sufrida causó o pudo causar sobre la esfera personal de la Sra. Francisca impide fijar base alguna para su cuantificación en términos económicos. Por eso, en el caso que nos ocupa, aunque creemos que la pretensión indemnizatoria sostenida por la acusación pública debe ser modulada, la referida irresarcibilidad ontológica del daño moral causado, no impide fijar, como mecanismo compensatorio, la cantidad de 3.000 €.

Pero también hay ejemplos en los que a pesar de constatar acreditado dicho sufrimiento, sorpresivamente se

desvincula el mismo del hecho delictivo y parece circunscribirse en la personalidad en este caso del menor, que no tiene que ver con el hecho en sí. El agresor es condenado por 3 abusos sexuales continuados (a dos amigos menores de su hijo) y un abuso sexual con prevalimiento (sobre su hijo menor), **SAP B 11152/2016**: “Sobre este particular el Ministerio Fiscal solicita una indemnización de 3.000 euros para cada uno de los menores y la acusación particular ha solicitado una indemnización de 30.000 euros para el menor Santiago. Considera el Tribunal que no procede indemnización alguna pues el daño o perjuicio, material y/o moral, debe derivar de los mismos hechos no del proceso de victimización normalmente derivado del proceso policial y judicial que sigue a los mismos. Así no se ha acreditado pericialmente secuela alguna en los menores derivado de los hechos salvo la asunción de un sentimiento de culpa por no haber actuado correctamente que se produce con posterioridad a su descubrimiento por los padres y/o madres respectivos no de la realización de los mismos hechos cuya relevancia desconocían y que simplemente calificaban de inhabituales.

En el caso de Santiago si consta pericialmente que está sometido a tratamiento psicológico pero éste no deriva tampoco de los mismos hechos al encontrarnos en la misma situación antes expuesta. La citada perito ha sido clara -al igual que lo es el informe en que se ratifica- que el tratamiento tiene por objeto superar la existencia en el menor de sentimientos enfrentados: por un lado el afecto a su padre y por otro el sentimiento de que sus manifestaciones le han perjudicado.

En el siguiente caso, el juzgador condena al acusado por un delito de abuso sexual continuado a 7 años de prisión. Respecto de la víctima valora el daño moral en 3.000.-€ a la vista de su estado en el momento del juicio, a pesar de que en los informes se refiere una socialización traumática de la menor con episodios autolíticos. **SAP M 1127/2017**: “De otra parte, la inexistencia de vestigios lesivos psíquicamente en los informes periciales, que de forma clara tengan su origen en estos hechos, sin perjuicio de la situación psíquica en la que se encuentra (refieren una socialización traumática) que requiere tratamiento, a la vista de los episodios autolíticos, solo permite afirmar su ineptitud como criterios de corroboración, pero en absoluto acreditan que no existieran tales episodios vividos por la menor, puesto que su naturaleza es compatible con lo vivido. (...) En cuanto a las responsabilidades civiles procede conforme, a los artículos 109 y 110.3 del CP, la indemnización de 3.000 euros, en concepto de daños morales ocasionados como consecuencia de estos hechos a Cándida. El daño moral, en tipos delictivos como el presente se halla ínsito en la propia naturaleza de los delitos cometidos no precisando de material probatorio adicional para su concesión requiriéndose, únicamente, para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre el mismo, que dicho resarcimiento sea solicitado, como ha ocurrido en el presente procedimiento ( STS de 5 de marzo de 1991 y en la STS 26 de septiembre de 1994 ).Y refiriéndonos

al caso que nos ocupa, el daño moral resulta explicitado por todo lo vivido que en buena lógica y sin necesidad de acreditación más allá de los hechos probados, provoca una alteración vivencial en la menor, que conlleva necesariamente a un perjuicio moral que debe ser indemnizado en la cantidad señalada anteriormente por entender que es la apropiada a la vista del estado de la víctima en el momento actual.”

### 7.3. Parámetros utilizados en las sentencias para determinar la valoración

De las Sentencias examinadas se puede extraer que los parámetros que sirven de referencia para la valoración del daño, a priori, serían el sufrimiento generado por las heridas emocionales y el dolor por los sucedidos y por otro lado, la carga que ello supone para el disfrute futuro de los diferentes planos vitales, estrés postraumático, persistencia en el tiempo del daño causado: “El resarcimiento del daño moral tiene fundamentalmente una función compensatoria y sus elementos referenciales son el sufrimiento generado por las heridas emocionales causadas (el dolor por lo sucedido) y a la carga que ello supone para el disfrute futuro de los diferentes planos vitales”.

En la **SAP M 15188/2017** condenan al acusado por violación a 6 años de prisión y la indemnización de 9.000€: “Cuantificamos los daños morales en 9.000€, dado el trastorno por estrés postraumático que la víctima sufrió y el periodo de baja laboral al que dio lugar”.

Parece que también se tiene en cuenta la persistencia en el tiempo del daño causado. En esta sentencia (**SAP B 11327/2016**) se condena al acusado por un delito de agresión sexual a nueve años de prisión, la acusación particular reclamaba 80.000€, el Ministerio Fiscal 60.000€ y el tribunal fija la indemnización en 30.000€: “Igualmente, también como consecuencia de los hechos relatados más arriba, Sonia ha requerido de atención psicológica, hasta hace poco tiempo, por el impacto de la violencia ejercida en su persona, y ha tenido problemas para dormir, manifestando que su vida siempre estará marcada por la acción del acusado.

(...) Procede imponer al acusado que indemnice a Sonia, en concepto de responsabilidad civil derivada de infracción penal, en la cantidad de 300 euros por las lesiones sufridas y en la cantidad de 30.000 euros por las secuelas psicológicas sufridas y daños morales causados, cantidad que se considera razonable para resarcir el dolor y el sufrimiento inherentes en la víctima de una infracción como es la violación, así como extensión de sus consecuencias durante un muy prolongado periodo de su vida”.

### 7.4. Relación entre las indemnizaciones en el delito de abuso sexual y en el de agresión sexual. Cuantía e indemnizaciones concedidas

De las Sentencias estudiadas son las siguientes las que recogen indemnizaciones superiores a los 30.000€. En la Sentencia dictada de conformidad con el acusado,

con referencia **SAP B 2395/2017** se condena a un padre por abusos sexuales continuados sobre su hija menor a diez años de prisión, y al pago de una indemnización de 100.000€.

En el siguiente caso (**SAP T 1066/2017**) se condena al acusado por un delito de agresión sexual a la pena de 5 años de prisión, así como por delito de lesiones a un año de prisión, la indemnización se fija en 50.000€, siendo que el Ministerio Fiscal reclamaba 30.000€ y la Acusación Particular en 120.000€. Los daños que constan en los hechos probados son los siguientes: “Igualmente, derivado del suceso, Concepción durante los dos meses siguientes tuvo graves problemas provocados por la imposibilidad para poder dormir, tuvo que dejar su puesto de trabajo, y durante al menos ocho meses se encontró incapacitada para poder mantener relaciones sexuales con su marido, situaciones todas ellas derivadas de la imposibilidad de dejar de revivir la situación vivida. A la fecha actual, Concepción no puede asistir a lugares en los que haya mucha gente como cines, bares, centros comerciales, y no puede salir sola de casa necesitando siempre la compañía de terceros ante la sensación de que le siguen y que tiene una persona a su espalda que la quiere atacar. También se encuentra imposibilitada para el desempeño de su trabajo habitual centrado en el campo de la restauración.

(...) Este Tribunal comprende el sentimiento de la víctima y comparte el criterio de su compensación. La dificultad como ya se ha señalado, se sitúa en la determinación de la cantidad que pueda compensar el daño de tal naturaleza. En este caso, consideramos que la gravedad de los hechos declarados probados no solamente provocaron un grave sufrimiento en la Sra. Concepción durante su desarrollo sino también en momentos posteriores que este Tribunal ha podido apreciar que persiste en la actualidad, a pesar del tiempo transcurrido desde el día de los hechos, y que se han evidenciado a lo largo de su declaración plenaria, sufrimiento que entendemos debe ser objeto de indemnización por parte del acusado responsable penal de los mismos. Así, de las pruebas practicadas en el plenario no cabe sino concluir que como consecuencia de los hechos la Sra. Concepción ha sido diagnosticada de ansiedad por estrés postraumático cronificado de intensidad moderada y de afectación moderada en su funcionalidad global, La propia víctima manifestó en el plenario que estuvo muy asustada, que durante los dos meses siguientes tuvo graves problemas derivados de la imposibilidad para poder dormir por reviviscencias del suceso, tuvo que dejar su puesto de trabajo y durante al menos ocho meses se encontró incapacitada para poder mantener relaciones sexuales con su marido. Asimismo, manifestó que en la actualidad no puede asistir a lugares en los que haya mucha gente y no puede salir sola de casa ante la sensación de que la siguen y que tiene una persona a su espalda que la quiere atacar. También refirió que se encontraba imposibilitada para el desempeño de su trabajo habitual centrado en el campo de la restauración.”

En este caso, la Sentencia deja constancia de entender el sufrimiento de la víctima y el padecimiento de ésta no sólo en los momentos vividos durante la agresión sino también en los posteriores, relatando cómo la agresión ha marcado el desarrollo de su vida posterior. La indemnización la fija el tribunal en 50.000.-€, habiendo reclamado la acusación particular 120.000.-€. La Sentencia hace referencia a la dificultad que entraña la valoración de los daños morales: *“En ese mismo sentido, dice la STS 13 de junio de 2012 que a diferencia de la determinación de la responsabilidad civil por daños materiales y físicos económicamente evaluables que obedece a criterios compensatorios concretamente establecidos mediante las correspondientes pericias y otros elementos valorativos, así como al costo económico de la asistencia sanitaria y los perjuicios derivados de la pérdida de ingresos, cuando se trata de daños de índole moral, que por su propia naturaleza no son traducibles económicamente y por ello no pueden utilizarse como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados, para los daños físicos y materiales, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el “quantum” indemnizatorio”*.

De la sentencia parcialmente reproducida y de las referencias a otras que la misma incluye, podría concluirse que deberían reclamarse dos tipos de indemnización, una por los daños morales exclusivamente, los no patrimoniales, y otra por los daños materiales y físicos que incluya no sólo las lesiones físicas como hemos visto en las Sentencias analizadas, heridas, roturas, golpes, fisuras, etc., sino también el coste de los tratamientos psíquicos, el coste a nivel familiar que supone la agresión, el coste a efectos laborales que tiene la agresión como por ejemplo tener que abandonar “por voluntad propia” el trabajo en los casos en que la violencia es ejercida por un desconocido siendo excluida la víctima de los derechos reconocidos a las víctimas de violencia de género de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En las sentencias analizadas vemos que las condenas suelen comprender una el reconocimiento de una cantidad que corresponde a las lesiones físicas (heridas, roturas, golpes, fisuras, etc) y otra cantidad que corresponde a los daños morales. Y en esta cantidad correspondiente a los daños morales parece que se está incluyendo, porque no se recoge en ningún otro concepto, no sólo ese daño de difícil valoración como es el daño moral estricto sino también otros conceptos como coste de los tratamientos psicológicos y repercusiones varias que tiene la agresión en la vida de la víctima. Si bien esta deducción no puede afirmarse con rotundidad puesto que, a nivel jurisprudencial no queda claro si el daño moral corresponde únicamente a la indemnización por el dolor, el padecimiento y el sufrimiento que el ilícito ha causado, o además de esos conceptos está

indemnizando también costes de terapias, tratamientos psicológicos, y consecuencias directas del daño en la vida de la víctima o no.

Y esto es importante ya que las condenas por agresiones y abusos sexuales que vemos son miserables. Entre el 58 y el 60% de las agresiones y abusos tienen reconocidas indemnizaciones por daños morales inferiores a los 6.000€, siendo prácticamente el 42% de ellas inferiores a los 3.000€.

Con estas cantidades tan nimias se está minimizando el daño sufrido, se relativiza hasta llevarlo a un segundo plano, dando la sensación en ocasiones que los años de prisión a los que se condena al agresor compensan el daño moral que sufre la víctima. Se obvia así que el daño moral de la víctima puede durar toda la vida, que la agresión puede condicionar su vida sexual, sentimental, laboral, familiar. Por ello las indemnizaciones por daño moral deben incluir el coste de lo que a la víctima le supone mitigar esa afectación de los sentimientos, ese daño moral que además de afectar a sus sentimientos, a su interior, afecta inexorablemente a su exterior, y por lo tanto debe incluir también una previsión del coste que le supondrá recomponer su vida a todos los niveles, conceptos que sí son cuantificables.

En la última Sentencia analizada (**SAP T 1066/2017**) los hechos ocurrieron en 5 junio de 2015 y la sentencia se dicta en 15.09.2017, el agresor es un extraño sin relación previa con la víctima. Vemos que además de las lesiones físicas, la víctima tuvo que abandonar su trabajo, entendemos que sin el beneficio del paro, se ve imposibilitada para desarrollar su trabajo habitual en el mundo de la restauración, recibió tratamiento psicológico habiendo sido diagnosticada de ansiedad por estrés postraumático crónico de intensidad moderada y de afectación moderada en su funcionalidad global, durante 8 meses no pudo mantener relaciones sexuales con su pareja, no puede salir a la calle sola, ni acudir a sitios concurridos. Vemos pues que desde se cometió la agresión hasta la celebración del juicio han transcurrido dos años y tres meses, en los que probablemente la víctima no habrá podido trabajar. Sólo los gastos en que la víctima haya tenido que incurrir para vivir, hablamos de gastos de vivienda, suministros, comida, ropa y calzado, de estos 27 meses supone, en términos generales una gran parte de los 50.000.-€ reconocidos como indemnización. Si a este importe añadimos los costes de terapia o tratamientos psicológicos, medicación en su caso, etc., durante esos dos años, así como el coste de los tratamientos que a partir de la celebración del juicio tenga que continuar recibiendo, la indemnización como daño moral ha desaparecido. Sin olvidar que a partir de la fecha del juicio continuará teniendo los gastos propios del coste de la vida, y que quizá todavía no está preparada para trabajar. ¿Dónde queda pues la indemnización por daño moral?

Otra de las Sentencias con una indemnización alta es la que tiene como referencia **SAP B 1632/2017**. La víctima

es agredida por cuatro hombres que la penetran bucal, vaginal y analmente, además de herirla con arma blanca, y golpearla con puños y patadas los cuatro. El único agresor detenido es condenado a 14 años de prisión por violación, a diez años por cada uno de los tres delitos que se le imputan como cooperador necesario para violación, como autor de un delito de robo con violencia y por otro delito de lesiones agravadas. La indemnización se fija en 100.000€, que recoge la Sentencia comprende todos los daños y perjuicios padecidos por la víctima. Esta Sentencia recoge nuevamente que los daños morales se deben reconocer sin necesidad de concretarse en determinadas alteraciones patológicas, pero lo cierto es que vemos que es en función de ellas que se otorga más o menos indemnización, dentro de lo escaso de las cuantías: “en conclusión, la doctrina jurisprudencial ( Sentencias de 28 abril 1995 RJ 1995\3386 , 26 septiembre y 2 marzo 1994 RJ 1994\7193 y RJ 1994 \2097]) tenga señalado que el daño moral, de acuerdo con lo también antes expuesto, sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas de otro lado aquí acreditadas. Entendemos justificada en este caso aplicar la cantidad como resarcimiento interesada por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, teniendo en cuenta el grave el daño moral que ocasionado a la víctima, persona hasta entonces confiada, y que a consecuencia de los hechos tenidos por probados, ha debido someterse a tratamiento psiquiátrico en el hospital clínico con prescripción de antidepresivos, tratamiento para evitar enfermedades de transmisión sexual ( incluido retrovirales), presentado labilidad emocional, agudizada con alta ansiedad, distimia reactiva, pensamiento recurrente del suceso, miedos, evitación del lugar de los hechos, precaución excesiva, ansiedad anticipatoria, alteración de los ritmos de sueño y de la alimentación, aversión hacia magrebíes, reminiscencias vivenciadas repetitivamente y sobreprotección hacia su hija como se recoge en el informe forense obrante a folios 346 a 348 que ratificaron en el plenario los Doctores Sres. Juan María Y Casiano , que derivó en la secuela de estrés postraumático crónico ya que tales circunstancias permanencia tras transcurrir 9 meses desde los hechos.

Dicha suma global, como decimos, es comprensiva de todos los daños y perjuicios padecidos por la víctima.

En este caso, existen las siguientes lesiones: “A consecuencia de tales hechos, la Sra. Mariana sufrió lesiones consistentes en equimosis circular en la parte izquierda del cuello, equimosis en la parte lateral del hombro derecho, eritema en la escapula izquierda, tumefacción y dolor a la palpación en la mano derecha, erosiones lineales en la cara interna del tercio distal de la pierna derecha, herida incisa superficial en tobillo de-

recho, herida punzante en la cara posterior del tercio distal de la pierna derecha, erosión lineal de unos 2 cm en el labio mayor, que precisaron para su sanación de tratamiento quirúrgico consistente en puntos de sutura en la herida punzante. Igualmente, a consecuencia de los anteriormente relatado, debió someterse a tratamiento psiquiátrico en el Hospital Clínico de Barcelona, a tratamiento para evitar enfermedades de transmisión sexual ( incluido retrovirales), presentado labilidad emocional , agudizada con alta ansiedad, distimia reactiva, pensamiento recurrente del suceso, miedos, evitación del lugar de los hechos, precaución excesiva, ansiedad anticipatoria, alteración de los ritmos de sueño y de la alimentación, aversión hacia magrebíes, reminiscencias vivenciadas repetitivamente y sobreprotección hacia su hija.

Las lesiones precisaron de 90 días para su curación, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales, restando como secuelas, dos cicatrices, una 4,5 cm en región retro maleolar de la cara interna del tobillo derecho y otra de 2 cm en tercio distal de cara posterior de la pierna derecha y trastorno grave de estrés postraumático crónico, reclamado por tales hechos.

Vemos que la partida que correspondería a lesiones físicas, 90 días impeditivos con secuelas así como los tratamientos psicológicos absorbe una parte importante de la indemnización y ello desconociendo si a partir de los 90 días la víctima pudo volver a trabajar o tuvo que abandonar su puesto de trabajo.

En el siguiente caso, **SAP M 1414/2016**, se concede una indemnización de 60.000.-€ que deben abonar solidariamente los dos agresores a la víctima, condenados ambos por agresión sexual, sin razonar el porqué de la cuantía, aunque en el Antecedente Segundo habla de una solicitud del Ministerio Fiscal a la que se adhiera la acusación particular de 60.000.-€, si bien, el fallo contiene la condena a los 60.000.-€: “ Los acusados indemnizarán a la perjudicada con la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, sesenta mil euros, que este Tribunal considera proporcionada a la gravedad del daño causado a la perjudicada”.

Otra de las Sentencias con la indemnización más elevada de entre las analizadas es la Sentencia **SAP M 144869/2016** en la que se condena al abuelo por abusos sexuales contra su nieta de 10 años al pago de una indemnización de 40.000€ sin que se recoja en la Sentencia más justificación de dicha cuantía que la siguiente: “La víctima ha sufrido un daño moral derivado del abuso por su abuelo y para calcular el importe de la indemnización debe acudir a criterios de libre y prudente arbitrio judicial. En base a ellos, estimamos procedente fijar una indemnización de CUARENTA MIL EUROS en la persona de su madre doña Caridad”.

Respecto de las sentencias con cantidades reconocidas como responsabilidad civil son por ejemplo condenas al pago de 600€, **SAP M 1126/2017** siendo el

agresor condenado por abuso sexual a 2 años de prisión, consistiendo la agresión al menor en tocarle los genitales por encima del pantalón y pedirle que le practicara una felación, o la sentencia con referencia SAP M 3573/2016, siendo el agresor condenado por abuso a 20 meses de multa por cogerle del brazo y tocar el pecho a la víctima por encima de la ropa. Con la misma cuantía de 600.-€ condena al agresor al pago en concepto de responsabilidad civil a una mayor y a una menor de edad, por tocarles las nalgas por encima de la ropa y además a la menor intentar darle un beso en la boca, y a una pena de 2 y 4 años de prisión respectivamente (SAP H 23/2016).

La sentencia con referencia **SAP T 1695/2017** condena al agresor al pago de 1.000.-€ por tocar los pechos y los genitales a una menor, siendo condenado en Sentencia dictada de conformidad a la pena de 7 meses de prisión.

Un adulto que abusa de dos menores en la playa, a una le toca los genitales por encima del bañador y a la otra los genitales y el pecho, condenándole a dieciocho meses de multa y a dos años de prisión respectivamente (**ROJ SAP T 160/2017**): “En el presente caso, las máximas de experiencia social y técnica de las que disponemos como jueces nos permiten afirmar que si bien el ataque a la indemnidad de las menores no fue especialmente intenso (ni tampoco su proyección en su vida posterior) la situación de abuso sexual a la que se vieron sometidas las dos menores les supuso, amén de un ataque inadmisibles a su indemnidad sexual, un quebranto de su dignidad como persona. Fijamos por ello la obligación resarcitoria en 1.000 euros para cada una de las dos menores”.

En la **SAP SE 239/2016** un adulto (padre de un amigo y vecino de la menor) que frota sus genitales contra los glúteos de la menor, es condenado por abuso sexual a menor de edad a dos años de prisión y se le impone una indemnización de 500€, indemnización solicitada únicamente por el fiscal: “Conforme a los artículos 109.1 y 116.1 del Código Penal, al ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos por las leyes los daños y perjuicios por él causados, de modo que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios; quedando la determinación cuantitativa de los daños e indemnizaciones al razonado arbitrio judicial por el artículo 115 del propio Código, dentro de los límites determinados por los principios de rogación y congruencia que rigen el objeto civil del proceso penal. Tales principios determinan que en el caso de autos la indemnización en favor de la menor víctima, por el indudable daño moral inherente al ataque a su indemnidad sexual, haya de fijarse en la magra suma de 500 euros interesada por el Ministerio Fiscal”.

En el siguiente caso se condena por abuso sexual a un doctor que introduce dos dedos en la vagina y en el ano

a una paciente de 25 años que acude con una posible cistitis, a cuatro años de prisión y a una indemnización de 10.000€. **SAP M 15363/2016**: “Por la acusación particular se ha solicitado la imposición de un montante indemnizatorio de 40.000 euros y de 10.000 euros por el Ministerio Fiscal. Todo delito de abuso sexual repercute de forma directa en la psique de una persona, produciendo situaciones de estrés, angustia, baja autoestima, temor, irascibilidad. En el caso que nos ocupa tal impacto en la perjudicada es obvio y además refrendado por sendos informes de expertos, a los que hemos hecho referencia, como son las psicólogas del Cimascam y las psicólogas forenses de la Clínica Médico Forense de Madrid. Ahora bien, más allá de ese impacto emocional propio de toda acción sufrida de este tipo, no se ha acreditado una secuela psíquica o afectación extraordinariamente relevante e inveterada o continuada en el tiempo, salvo ese primer impacto agudo que se prolongó durante aproximadamente un mes, por lo que resulta prudente fijar una indemnización de 10.000 euros, tal y como solicita el Ministerio Fiscal.”

En el siguiente caso, el acusado es condenado por dos agresiones, contra una de las víctimas es condenado por un delito de agresión sexual con empleo en su ejecución de un arma y por un delito vinculado de robo con intimidación, aquí la víctima no reclama indemnización alguna. Respecto de la segunda víctima, es condenado por un delito intentado de agresión sexual, reclama la víctima 4.000€ y le reconocen únicamente 1.000€ con la siguiente argumentación: “La inmersión de Delia en un contexto sexual violento y traumático constituye un inequívoco daño moral cuya apreciación no precisa de la prueba del padecimiento de alteraciones patológicas o psicológicas y es independiente del modo en el que la afectación de la dignidad, objetivamente sufrida, haya sido apreciada por las víctimas (por todas, STS 702/2013, de 1 de octubre). El resarcimiento del daño moral tiene fundamentalmente una función compensatoria y sus elementos referenciales son el sufrimiento generado por las heridas emocionales causadas (el dolor por lo sucedido) y a la carga que ello supone para el disfrute futuro de los diferentes planos vitales. En este caso no se ha manifestado por la víctima una especial afectación ni en sus relaciones personales ni tampoco sexuales a raíz de la agresión sufrida, lo que, sin restar gravedad a los hechos, debe suponer una minoración del resarcimiento, que viene igualmente justificado por la circunstancia de que aquéllos no llegaron a consumarse ni se prolongaron durante largo tiempo, por lo que se estima más adecuado fijar en 1.000 euros la cantidad a indemnizar a la perjudicada por tales daños morales”.

En este supuesto, el Ministerio Fiscal solicitaba 9.000€ y se condena al pago de 3.000€ por entenderlo más acorde a la trascendencia de lo sucedido, que fue **SAP B 1961/2016**: “HECHOS PROBADOS (...) con ánimo de satisfacer sus apetitos libidinosos, abordó a la menor Justa de 15 años de edad (nacida el NUM002 -1998) y tras decirle “oye, ¿quieres usar el preservativo conmi-

go?, a lo que aquélla hizo caso omiso, empezó a seguirle mientras exhibía su pene y se masturbaba hasta llegar a eyacular en plena calle. A continuación el procesado, cogiéndola de los brazos para que no pudiera zafarse y con un empujón, la arrinconó contra la entrada del parking situado en el número 10 de la citada vía, le tocó los glúteos y le bajó el pantalón, a lo que la menor se resistió haciendo uso de unas llaves con las que arremetió contra el procesado que procedió a abandonar el lugar.

La misma sentencia justifica la rebaja de la indemnización de la siguiente forma: “Según se ha acreditado a tenor de la prueba valorada en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, imponiéndose por ello necesariamente en la parte dispositiva de esta resolución resolver sobre tales extremos, lo que se hará condenando al acusado a indemnizar a Justa en la cantidad de 3.000 euros, sensiblemente inferior a la interesada por el Ministerio Fiscal, y que estimamos más acorde a la trascendencia de lo sucedido”.

En el siguiente caso, se condena al padre por abusos sexuales a su hija menor, tocamientos en la vagina por encima y debajo de la ropa, en varias ocasiones y diversos días, la Acusación Particular solicita 30.000, el Ministerio Fiscal 10.000€ y la Sentencia la fija en 3.000€: **SAP M 15360/2016**: “Por la acusación particular se ha solicitado la imposición de un montante indemnizatorio de 30.000 euros y de 10.000 euros por el Ministerio Fiscal. Todo delito de abuso sexual repercute de forma directa en la psique de una persona, produciendo situaciones de estrés, angustia, baja autoestima, temor, irascibilidad. En el caso que nos ocupa tal impacto en la perjudicada es obvio. Ahora bien, más allá de ese impacto emocional propio de toda acción sufrida de este tipo, no se ha acreditado una secuela psíquica o afectación extraordinariamente relevante e inveterada o continuada en el tiempo, por lo que resulta prudente fijar una indemnización de 3.000 euros”.

En este supuesto la indemnización que reclama la acusación particular asciende a 60.000€ y el Ministerio Fiscal 12.000€, siendo finalmente la cantidad reclamada por el Ministerio Fiscal la que condena la Sentencia a pagar, sobre la base de que **SAP M 14057/2016**: “Partiendo de las pretensiones civiles accesorias deducidas y de conformidad con lo previsto en los artículos 109 y ss. del Código Penal, el acusado debe indemnizar a Elsa por los daños morales sufridos. En este ámbito, reiterándose que no consta que la víctima hay sufrido daños psíquicos específicos o secuelas adicionales, cuantificamos el daño moral según la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal -12.000€.

En el siguiente caso, se condena al acusado por delito de agresión sexual con acceso carnal a seis años de prisión, la indemnización la fija **SAP T 1615/2016** en 3.500€ que solicita el Ministerio Fiscal, cantidad a la que se adhiere la acusación particular, con el siguiente

razonamiento: “La naturaleza extrapatrimonial del daño no impide su resarcimiento, si bien, ciertamente, dificulta su cuantificación pues a salvo los supuestos legalmente baremados, los jueces sólo vienen limitados por la pretensión de las partes y por criterios, a veces, en efecto, difusos y poco cognitivos, de racionalidad social o de prohibición del injusto resarcimiento. El caso que nos ocupa bien puede calificarse de paradigmático. La lesión de la libertad sexual resulta ontológicamente irreparable concurriendo, además, consecuencias muy graves sobre el propio desarrollo de la personalidad. En el caso que nos ocupa, la pretensión indemnizatoria evacuada por el Ministerio Fiscal, a la que se adhirió la Acusación Particular, nos parece razonable. La referida irresarcibilidad ontológica del grave daño moral causado, no impide fijar la cantidad pretendida de 3.500 euros, como mecanismo compensatorio”

Como vemos de las Sentencias analizadas se observa que si bien, los parámetros que la jurisprudencia fija para la valoración del daño moral son la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones, se concluye que dicha la cantidad que deberá recibir la víctima de su agresor en concepto de daño moral, queda totalmente a criterio del juez. Sí que es generalizado el escaso importe de las indemnizaciones fijadas, concluyendo que los importes a los que se condena, en un 42% inferiores a 3.000.-€, no resarcen el verdadero daño moral que sufre la víctima.

### 7.5. La renuncia por parte de la víctima. Porcentaje de las renunciaciones y motivo. El olvido en la sentencia o por parte del Ministerio Fiscal / acusación particular

Respecto de la renuncia de la indemnización por responsabilidad civil concedida, en un 6,06% de los casos se renuncia expresamente a la misma.

En la **SAP M 2171/2016**, el acusado es condenado a la pena de 9 años y un día de prisión por agresión sexual y de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, la víctima, con quien el agresor había tenido una relación amorosa, renuncia expresamente a reclamar responsabilidad civil.

En la siguiente sentencia **SAP B 2243/2016** el acusado es condenado por dos delitos de abuso sexual a dos años de prisión por cada uno de ellos, no reclamando la víctima, con quien el agresor había mantenido una relación amorosa, ninguna cantidad en concepto de responsabilidad civil.

En la **SAP B 1122/2017**, el acusado es condenado por un delito de agresión sexual a 7 años de prisión, por la agresión a la que había sometido a su pareja, renunciando la víctima expresamente a la reclamación de

cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil.

En el siguiente caso, en primera instancia se condena al acusado por delito de maltrato habitual, agresión sexual y delito de amenazas. La víctima, su esposa, no reclamó indemnización alguna. En segunda instancia se revoca la Sentencia en cuanto a la condena por agresión sexual y por delito de amenazas, **SAP M 17059/2016**: *“Ello no es óbice para considerar efectivamente un muy prolongado largo período de tiempo y una persistente actitud vejatoria, humillante hacia la denunciante por parte del denunciado/recurrente que permiten considerar procedente la imposición de pena privativa de libertad por tiempo de 2 años, reduciéndose en 6 meses también la duración de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y de las penas de prohibición de acudir, comunicarse y aproximarse con/a la denunciante, que se señalan en 3 años y 6 meses por en base a los referidos motivos. Existe prueba pericial psicológica en la que se concluye que “ la víctima presenta una sintomatología y afectación emocional compatible con una situación de maltrato físico y psicológico habitual y de abuso sexual puntual a lo largo del matrimonio, llevándola a mantener tratamiento psicológico y farmacológico hasta la actualidad”*. (Fechado a 15 de mayo de 2015)

*La víctima no reclama indemnización civil alguna.”*

En la **SAP GI 409/2016**, el agresor y víctima eran pareja sexual, ambos trabajaban en una casa, como mantenimiento y servicio respectivamente, y no existiendo reclamación por las lesiones sufridas no procede señalar suma alguna en concepto de indemnización.

En la **SAP B 2630/2017** el acusado que no mantenía ningún tipo de relación con la víctima, es condenado por un delito de agresión sexual a la pena de 12 años no habiendo reclamado la víctima ningún importe en concepto de responsabilidad civil.

En la Sentencia con referencia **SAP M 3336/2016** se condena al agresor a dos años de prisión por abusos sexuales a menor consistentes en *“se encontraba en las duchas del polideportivo Orcasur de la C/Moreja s/n de Madrid donde coincidió con Silvio, nacido el día NUM002 -2.001, que por tanto contaba con 12 años en la fecha y, aprovechando que ambos estaban solos, se acercó al menor, que estaba desnudo, y le ofreció jabón íntimo diciéndole que se lo podía poner en el culo, a continuación lo sujetó por el brazo y, preguntándole “hasta donde le llegaba”, le tocó en la zona de los muslos y en sus genitales, diciéndole que fueran a una esquina para hacerse “unas pajillas”, logrando Silvio soltarse y marcharse de allí. (...) No procede pronunciamiento alguno en materia de responsabilidad civil, ya que la madre de Silvio ha renunciado a la indemnización que pudiera corresponder a su hijo.”*

Sea cual fuera la razón por la que la víctima opta por la renuncia a la indemnización, como el caso de haber

sido pareja, o tener lazo de parentesco, ésta debe ser analizada como el máximo exponente de la reparación que puede obtener la víctima, y por ello este extremo debería ser delicadamente contemplado en cada caso. En las sentencias analizadas no se permite acceder a la causa de la renuncia, pero en todo caso, la justicia debería establecer parámetros para determinar algún tipo de reparación económica que exceda el ámbito personal del agresor.

Por otra parte, es menester resaltar los datos que se advierten del número total de sentencias analizadas: el 46,39% no hace alusión a indemnización alguna. El aparente olvido de la reclamación pecuniaria ya sea por parte del Ministerio Fiscal, o de la acusación particular, y especialmente del órgano juzgador no puede ser obviado. Este dato permite afirmar que la justicia continúa haciendo hincapié en la imposición de la responsabilidad penal del acusado y no así en la órbita de reparación al daño sufrido por la víctima. Urge visibilizar esta desatención que mantiene a la víctima en situación de indefensión y que reproduce sistemáticamente el proceso judicial, y tomar medidas reparadoras de compensación real para la víctima.

Es importante reconocer, desnaturalizar y visibilizar los roles y estereotipos que están presentes en la redacción de la ley penal como en la tarea juzgadora ya que este relato es generador de mandatos y obligaciones impregnados de roles de género existentes en el imaginario social. Por lo tanto, es necesaria una aproximación al concepto de libertad e indemnidad sexual despojada de tales prejuicios, para lo cual es fundamental la detección de tales conductas.

La etapa de interpretación jurisprudencial y de aplicación de las normas contribuye a la construcción de roles y estereotipos de género razón por la cual se abordarán algunos mitos y creencias frecuentes entorno a los delitos de índole sexual, con el objeto de contribuir a su visibilización y en consecuencia propugnar una igualdad de género material y tangible.





## Parte IV

# Los mitos en el procedimiento

## 8. La radiografía del agresor y los mitos

### 8.1. Sexo

De las 167 sentencias analizadas de las tres comunidades autónomas, se advierte que en su totalidad los agresores son hombres. Este dato luego será analizado en relación a la identidad de género mayoritario de las víctimas (mujeres), ya que cobra importancia en cuanto en la ley penal los ofensores y las víctimas aparecen despojados de un género concreto bajo el objetivo de contribuir a la igualdad formal, pudiendo mujeres y hombres ser sujetos pasivos y/o activos aleatoriamente. Se invisibiliza la diferencia trascendental existente relativa al hecho de que la mayoría, o casi la totalidad de este tipo de delitos son cometidos por hombres, lo que es demostrado por el aporte de la casuística de las sentencias.

### 8.2. La edad

Con relación a la edad, el 95,81% de los agresores es mayor de edad. Cabe destacarse que si bien son hombres de diferente rango etario, un 45% se encuentran entre los 19 y los 49 años, disminuyendo esta cantidad luego de ese máximo. No obstante las edades de los agresores alcanzan a sobrepasar los 70 años.

Existen estudios que arrojan como resultados que los agresores de mayor edad están vinculados a abusos de menores, mientras que los agresores juveniles se relacionan con cualquier delito sexual: *“El perfil de los delincuentes sexuales de adultos obedeció al de un varón joven, solteros o divorciados, con escasos estudios, baja cualificación profesional e inestabilidad laboral (16, 26). Su patrón de conducta se caracterizó por bajo control de impulsos y alta hostilidad. (...)Acostumbraba a actuar en solitario, eligiendo a una sola víctima (mujer joven) y pudiendo hacer uso de la violencia para intimidarla (...). Por otra parte, el perfil de los delincuentes sexuales de menores cabe describirlo como un varón de mayor edad que el agresor sexual de adultos, solteros o divorciados, y con una mayor formación académica-profesional y estabilidad laboral que los agresores de adultos (16, 26). Actuaba en solitario y hacía más uso del engaño que de la intimidación o violencia (14, 16). La víctima era una persona conocida, niña o niño menor de 12 años. Los delincuentes sexuales de menores presentaron rasgos de personalidad esquizoide, dependiente, fóbica y compulsiva”* (Castro González, 2009).

A esta conclusión también se puede arribar si se considera la gran cantidad de condenados de entre 60 y 70

años (por abuso sexual a menores) que se encuentran dentro del ámbito familiar (abuelos, tíos, etc) y que valiéndose de la autoridad que revisten incurren en abusos. No obstante dicha conclusión no se puede generalizar a todos los casos: en la **SAP MA 2682/2017** (Málaga) de apelación de la sentencia de primera instancia en que se condenó al agresor por abuso sexual por invadir a la víctima (desconocida) en el ascensor de la finca donde vivía realizándole tocamientos y forzándola a besarlo, se observa que el agresor es un hombre mayor de edad jubilado. No obstante hay una gran cantidad de sentencias en las que los agresores son abuelos, o tíos de elevada edad.

Asimismo, la mayoría de agresores, que detentan entre 19 y 49 años, son mayores en edad que sus víctimas, especialmente en los casos de abuso sexual, donde se demuestra que el ardid utilizado es el prevalimiento propio de una relación de confianza basada entre otras cosas, en una edad superior.

### 8.3 La nacionalidad. La residencia “ilegal”. ¿Existe sobrerrepresentación de los extranjeros?

Los datos relativos a la nacionalidad han arrojado que del total de sentencias analizadas, hay un total de 42% de agresores españoles mientras que hay un 4% de agresores europeos y un 29% de agresores no europeos. No se puede dejar de lado que en un 23% de las sentencias la nacionalidad de los agresores no estaba especificada para no caer en una sobrerrepresentación de extranjeros en la comisión de los delitos contra la libertad sexual.

En el presente análisis no es posible detectar qué porcentaje de las sentencias con agresores de nacionalidad extranjera han sido condenatorias y/o absolutorias, pero lo cierto es que la detección de la nacionalidad del agresor puede tener influencia en la instancia probatoria y posteriormente en la imposición de pena. Así se detecta por ejemplo la **SAP GI 1448/2016**, donde se observa una respuesta judicial positiva frente al accionar policial: Se rechaza por nulidad todo el procedimiento llevado a cabo por la policía en su investigación por no respetar el derecho de defensa del acusado, de nacionalidad india: *“Más allá de esto, la investigación policial deja bastante que desear con respecto a las garantías de cualquier persona sospechosa de un delito. Los agentes investigadores procedieron mediante un método que llaman de entrevistas, a la selección de un*

sospechoso, desechando a todos los demás a la vista de la información que les pudo proporcionar el elegido. Tal selección, sin mayores miramientos, es absolutamente nula, dado que a toda persona investigada por un delito de la que se poseen algunos datos relativos a su participación se le ha de tomar manifestación asesorada por un letrado.” **Pero además la sentencia es contundente en expresar que se ha juzgado al agresor sin tener en cuenta que no hablaba español, y por lo tanto discriminándolo en razón de su origen: “Pero si cabe, todavía llama más la atención este mecanismo de preguntas con un sospechoso cuando éste carece de la base idiomática para expresarse fluidamente en castellano o catalán. Deducir que ofrece datos incriminatorios en su contra una persona que difícilmente entiende aquello que se le pregunta y que difícilmente aporta datos fiables a la hora de hacerse entender creemos que es muy atrevido cuando de la imputación de delitos tan serios como al abuso sexual con un menor de trece años estamos hablando. Y, sorprendentemente, se finaliza esta fase de inculpación policial con una diligencia denominada “d’admissio de culpabilitat”).** Por último, se señala: “No podemos olvidar que tanto la menor, en la declaración anticipada y reproducida por sistema informático en el acto del juicio (declaración que ha sido nuevamente escuchada con mayor detenimiento por el ponente de esta resolución), como su madre, han manifestado que por parte de la **policía les fueron enseñadas fotografías varias de personas que pudieran ser sospechosas, destacando entre ellas una grande del acusado**”.

Por otra parte, también se han encontrado sentencias en las que se hace especial alusión a la denominación “residencia ilegal” del agresor, para referirse a inmigrantes sin permiso de residencia, como en la **SAP B 1122/2017**: “...lugar donde se encontraba el procesado Pedro Jesús, residente ilegal en España,...”, en la **SAP B 2395/2017** “Se dirige acusación contra el procesado Alejo mayor de edad, natural de Honduras, con documento identificativo hondureño NUM000, en situación de residencia ilegal en España”. Esta denominación no puede pasarse por alto toda vez que como se ha especificado, el lenguaje utilizado por los magistrados genera construcciones y estereotipos. Es imprescindible detectar estos conceptos que criminalizan al extranjero en situación administrativa irregular.

#### 8.4. La diversidad funcional. ¿Se utiliza para alegar una atenuante?

En las sentencias analizadas se han detectado casos en que el agresor presenta disminución de sus facultades mentales que afecta su esfera volitiva y por lo tanto es calificada como atenuante o eximente de la responsabilidad. Así ocurre en la **SAP B 2243/2016**: “[...] mantuvo con el víctima una RELACIÓN ESTABLE de pareja durante un año SIN LLEGAR A CONVIVIR”, “[...] inteligencia límite y diagnosticado un TRASTORNO

DEL DESARROLLO, presentando una clínica compatible con un proceso psicótico activo, lo cual DISMINUYE notoriamente sus CAPACIDADES cognoscitivas y volitivas (...) Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Primitivo, como autor de DOS delitos de abuso sexual, previstos y penados en el art. 181.4 del CP, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, del art.23 del CP, y la eximente incompleta del art.21.1 del CP, en relación con lo establecido en los arts.96, apartado 11 y siguientes, art.99, art.101 y art.104 del CP, a la pena, por cada delito, de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone al procesado la medida de tratamiento ambulatorio en centro médico que se determine en ejecución de sentencia, adecuado a la patología que presenta, por tiempo de TRES AÑOS POR CADA DELITO, lo que hace un total de seis años. Pago de las costas procesales” Del mismo modo ocurre en la SAP GI 118/2016: “[...] padece un RETRASO MENTAL LEVE de etiología no filiada (en el momento de los hechos su capacidad volitiva estaba afectada LEVEMENTE por esta causa) (...) Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Modesto, del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Modesto en concepto de autor de una falta de lesiones con la **conurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la atenuante de anomalía o alteración psíquica** a la pena de un mes de multa a razón de seis euros diarios, así como al pago de las costas propias del juicio de faltas”.

Sin embargo también se han encontrado casos en los que el órgano juzgador, a pesar de la tarea defensiva del acusado que solicita se aplique atenuante, entiende que la diversidad funcional que presenta no afecta sus facultades volitivas, como en la **SAP L 69/2016**: “[...] padece un TRASTORNO BIPOLAR” (cuando ocurrieron los hechos no se vieron afectadas sus facultades volitivas ni intelectuales). Se le conoce con el apodo del “El Cojo” CONDENAMOS a Landelino, como autor criminalmente responsable de un DELITO DE ABUSO SEXUAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN”.

#### 8.5. Otros indicadores: educación, pobreza, prestigio social

Existen diversos estudios que analizan perfiles y/o tipologías de agresores sexuales. Desde este punto de vista se considera como factor de riesgo la exposición a entornos familiares violentos, entre otros. Así, se explica que: “En la infancia, se ha logrado detectar que los hogares de los agresores sexuales son caracterizados por padres con problemas de ingesta de alcohol, problemas de agresividad y problemáticas con la justicia, comportamientos que son aprendidos y reproducidos por ellos. Asimismo se ha podido demostrar que este

tipo de delincuentes fueron maltratados por sus padres sin justificación (Rada, 1978, citado en Marshall, 2001). Similar a lo expuesto por Tiffon (2008) donde refiere que el modelo de núcleo familiar que incluye disciplina ineficaz, marcadas debilidades frente a la estructura de normas familiares, desestructuración familiar, mal manejo del castigo y el refuerzo, y/o antecedentes delictivos familiares se constituye en factor de riesgo para desarrollar conductas delictivas” (Larrotta Castillo, 2013). Del mismo modo, y en relación al entorno socio-cultural “Las actitudes socio-culturales favorecedoras y/o tolerantes de la violencia sexual pueden dar origen a este tipo de agresividad. Los estudios transculturales indican que las sociedades facilitadoras de la violencia y de las actitudes negativas hacia las mujeres tienen las tasas más altas de violación. Por otra parte, las experiencias de aprendizaje, por observación, de situaciones de abuso sexual o las experiencias directas, en la infancia y adolescencia, son todas ellas estímulos que pueden configurar su sexualidad futura” (Castro, 2009).

Es necesario destacar que independientemente de estos factores de riesgo puntuales no existe un perfil determinado del agresor sexual y tal como se puede observar en el presente estudio provienen de todos los grupos culturales y económicos.

En la **SAP T 1650/2017** se observa que el agresor es profesor de inglés en una academia familiar y que percibe una renta mensual de 3000€ (se lo condena a nueve meses de prisión por un delito de agresión sexual). En la **SAP M 15363/2016** el acusado es médico de profesión con número de colegiado del Ilustre Colegio de Médicos de Madrid, y comete el abuso sexual con ocasión del ejercicio de sus funciones como médico contratado por el Servicio Madrileño de Salud (se lo condena a cuatro años de prisión e inhabilitación para su profesión por un delito de abuso sexual). En la **SAP T 160/2017** el acusado es electricista y tiene una residencia en la playa, por lo que la Audiencia Provincial infiere que tiene capacidad económica, estableciendo la pena de multa de cuota diaria de 6 euros durante 18 meses).

Se aprecia cómo las variables que influyen en el comportamientos contra la libertad sexual son sumamente amplias e inespecíficas y no se pueden vincular en las creencias únicamente a situaciones de bajos recursos, bajo nivel educativo, entre otras.

## 9. Radiografía de la víctima

Por su parte, de las 167 sentencias analizadas se constata que casi el 87% de las víctimas de delitos sexuales son mujeres. Este extremo ha de ser analizado a la luz de la identidad de género de los agresores la que es masculina en su totalidad.

Con esta afirmación no se pretende consolidar el estatuto de víctimas de las mujeres, lo que ya bastante

ha contribuido en el sistema penal en la generación de los estereotipos de género que otorgan a la mujer la primacía en pasividad, inocencia y fragilidad. Tampoco se pretende culpabilizar individualmente al agresor, eludiendo cuestiones claves como el sistema económico social, etc. en el que éste ha crecido. Pero necesariamente se pretende hacer unos análisis certeros de los perfiles del agresor y de la víctima detectados, y como mínimo, es necesario señalar que no es casual la tajante diferencia de género que subyace en la cantidad de agresores y en la cantidad de víctimas.

Es menester hacer hincapié en esta cuestión, dado que la interpretación de los elementos del delito en la jurisprudencia se construye a partir de características básicas atribuidas al sujeto pasivo (“la víctima ideal”) y al sujeto activo, dando como resultado que por ejemplo se utilice una media de perfil de hombre como sujeto activo sobre el que se mide la resistencia que debe ejercer la víctima, el nivel de intimidación o violencia que ésta debe sufrir para que exista agresión y no abuso sexual, la aplicación de atenuantes o agravantes, entre otros (Faraldo Cabana, 2014).

El 13% de víctimas restante, de identidad de género masculina, está compuesto por un elevado número de niños. Se observa por ejemplo la **SAP B 11152/2016** donde el agresor aprovechaba que los amigos de su hijo de 7 años venían a su casa para hacerles tocamientos los días que se quedaban a dormir. O la **SAP M 1034/2016** donde el agresor era un monitor de ciclismo que se prevalía de su posición de entrenador para obtener determinados comportamientos de los niños que tenía a su cargo.

### 9.1. La edad. Víctimas menores de edad. Niñas y niños

El abuso sexual infantil en general no se denuncia en el momento en que el abuso se produce, y muchas veces ni siquiera se denuncia. La denuncia tardía en el abuso no es inusual, ya que las víctimas suelen mantener el secreto propuesto por el agresor, porque temen que éste se dé cuenta, o bien porque no tienen consciencia de que están siendo explotados o abusados hasta una edad más adulta.

En las sentencias analizadas un dato sumamente alarmante lo constituye el hecho de que en un 61,08% la víctima es menor de edad, mientras que en un 38,92% la víctima es mayor de edad.

Este dato está íntimamente ligado al de las relaciones entre agresor y víctima, las que serán analizadas en detalle en otro acápite, pero que por lo pronto permiten evidenciar un alto índice de casos en los que hay relación previa al delito, y especialmente en los que hay relación de parentesco cercana con la víctima. En estos casos las víctimas suelen ser menores de edad. Los ataques sexuales pueden ser perpetrados por miembros de la familia, amigos de la familia, novias y novios,

adultos por Internet y personas en posición de confianza o autoridad, como maestros y sacerdotes, y son casi siempre hombres.

En la **SAP MA 295/2017** el agresor es el abuelo de la víctima de 11 años, que aprovecha la oportunidad de la ausencia de su esposa, para realizarle tocamientos a la niña. En la **SAP B 2395/2017** por ejemplo, el agresor es el padre de la víctima, quien diseñó un plan para mantener el abuso de su hija desde que ésta tenía 10 años, hasta que tuvo 16. En la **SAP B 6911/2017** no se alcanza a condenar al tío por los abusos a su sobrina menor, a pesar de presentar la misma enfermedad sexual. En la **SAP M 1034/2016** el agresor es monitor de ciclismo de un club, y entonces con la excusa de llevarlos a su casa para enseñarles, les toma fotos desnudos o en posiciones eróticas para la industria pornográfica.

Se percibe que la mayor cantidad de los delitos sexuales contra menores de edad denunciados son calificados como abusos sexuales, y no como agresiones. Ello obedece a la división penal existente que funda la existencia de la agresión sexual en la violencia e intimidación y del abuso sexual en el prevalimiento. En este sentido, hay una gran probabilidad de que en las violencias sexuales perpetradas dentro de entornos familiares no se requiera una “intimidación” precisamente, sino que baste con la posición de autoridad que ocupan algunos miembros en la familia, que legitiman algunos actos por la aceptación propia de la etapa de aprendizaje de las niñas y niños.

Uno de los criterios que se tiene en cuenta para la clasificación de los delitos sexuales es la intensidad de la imposición frente a la decisión libre de la víctima (Asúa, 2008): “La violencia e intimidación van a conformar el delito de agresión sexual, como modalidad de mayor gravedad, mientras que la imposición sexual mediante prevalimiento de situación (...) es considerada “abuso sexual”, modalidad de menor entidad.” Asimismo, el grado de contacto sexual es otro de los criterios utilizados para agravar el tipo de agresión y de abuso sexual. Como apunta Asúa, el entrecruzamiento de ambos criterios hace prevalecer “lo carnal” por sobre la declaración de “libertad sexual”, lo que torna algo contradictorio el precepto de tutela al bien jurídico penal “libertad sexual”, pues, según opina la autora mencionada, la lesión al ámbito de libertad de la víctima se consuma desde el momento en que se le impone un acto de connotación sexual y se le obliga a tolerarlo, independientemente del grado de contacto corporal que exista. Todo ello al menos conlleva a cuestionar la diferencia de ambos supuestos (abuso y agresión) una vez que el desvalor básico de la conducta típica queda situado en la vulneración de la libertad (Asúa, 2008).

De acuerdo a este precepto, se encuentran sentencias donde la frontera entre la agresión y el abuso no es nítida, constituyendo este último tipo, una variable de pena de menor entidad con relación al primero. Es

de relevancia destacar que el concepto de “intimidación”, construido desde el paradigma del “agresor desconocido” dificulta valorar las situaciones de coacción en entornos familiares (donde como se ha explicado, prevalecen las calificaciones de “abuso sexual”). Como consecuencia, en los casos de hostigamiento en espacios familiares, de parejas, o ex parejas, la imposición de relaciones sexuales, paradójicamente es calificada con el tipo más benigno (abuso sexual).

En la **SAP MA 3274/2016** se desestima el recurso de apelación contra una sentencia que había condenado por abuso sexual un acto que se halla en la frontera que divide la agresión del abuso sexual: “...no cabe olvidar que estamos ante una menor como víctima, de sólo 14 años, que según se informa por la perito psicóloga, da una versión “creíble”, sin fabulaciones ni mentiras, pese a rectificaciones por el elevado “estrés” emocional que le produjo el hecho, aspectos estos que hemos podido apreciar con la audición del soporte DVD que como prueba preconstituida contiene la declaración de la víctima, de la que en ningún momento se puede deducir que la menor, supiera de antemano que iban a penetrarla dos chicos (mayores que ella, e incluso uno mayor de edad) ni consintiera en ello como pretende hacernos creer la defensa del menor recurrente. Propiamente, lo acusable en el supuesto enjuiciado es la mediación de un abuso de superioridad por parte del menor (que se acompañaba de otro mayor de edad), que encontró facilitado su proyecto que no residía solo en halagos amorosos o afectivos iniciales (besos, caricias....etc.), sino que pretendía la consumación del acto carnal con las penetraciones que el menor llevó a cabo”. En el presente caso, se condena a los agresores por un hecho de abuso sexual, a pesar de ser dos los agresores, a pesar de ser mayores que ella que tiene 14 años, e incluso a pesar de que “la Pericial Forense revela ciertas lesiones por presión en el interior del muslo, innecesarias caso de haberse consentido.” La afirmación de que en este caso los agresores actuaron con prevalimiento, y no con violencia e intimidación, es por lo menos cuestionable.

Por su parte, en la **SAP CO 1147/2017** se observan hechos que pueden estar en la frontera entre una agresión y un abuso: “En una tarde de un fin de semana de enero de 2016, la menor Estibaliz, de 15 años de edad, se dirigió en compañía de su hermana menor a pasar la tarde al domicilio del acusado Demetrio, mayor de edad y sin antecedentes penales, amigo de su familia y vecino de sus abuelos. Ya en el interior del domicilio del acusado, (...), y mientras su hermana menor, en compañía de la hija de la ex pareja del acusado jugaban en el salón, encontrándose Estibaliz sentada en un sofá, el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales **comenzó a tocarle**, por encima de la ropa, sus genitales, pecho y glúteos, al tiempo que le daba un beso en la boca, tras lo cual el citado acusado mandó a las dos niñas pequeñas a jugar a otra habitación, y cuando se marcharon volvió al sofá y comenzó nuevamente a tocar a Estibaliz. **Esta se levantó y se dirigió a la puerta del**

**salón, siendo seguida por el acusado, que se bajó los pantalones y con idéntico ánimo libidinoso, le mostró sus genitales a la vez que trataba de besarla de nuevo, lo que no consiguió pues Estibaliz, tras empujarle llamó a su hermana y se marcharon del domicilio**". Es decir, habiendo preparado un entorno vacío de testigos, luego de tres intentos de realizarle tocamientos, el acusado directamente se bajó los pantalones, vulnerando su libertad sexual, hasta el punto en que la víctima, que además se encontraba como cuidadora de su hermana menor, tuvo que empujarle para defenderse. La subjetividad del juzgador puede entender que evidentemente hubo una situación de violencia e intimidación, pero no obstante en el caso se condena al agresor por abuso sexual. (El Ministerio Fiscal había calificado inicialmente como agresión sexual, para luego modificar su calificación a abuso).

## 9.2. La nacionalidad

Con respecto a la nacionalidad de la víctima, no se pueden arrojar conclusiones certeras toda vez que en la mayoría de sentencias no se especifica este extremo.

## 9.3. Los contextos de ocio nocturno

Se ha de tener en cuenta especialmente las situaciones de las adolescentes menores de 18 años, que pueden sufrir violencias sexuales en distintos ámbitos.

Los jóvenes buscan espacios de sociabilidad y ocio que puedan ocupar con su grupo de semejantes. En contextos informales y "de fiesta" las amenazas y riesgos de sufrir abusos y agresiones se multiplican a causa del trasfondo de celebración y del consumo de alcohol y de drogas. Frente a estos, las jóvenes se desplazan en grupo, van al baño juntas y en ciertas ocasiones naturalizan algunas situaciones de acoso por la altísima frecuencia con que se dan.

En la **SAP M 15237/2017** "El acusado Horacio, el día 30 de agosto de 2.015, sobre las 11,15 horas, cuando se encontrar en las talanqueras del encierro de toros de las fiestas de San Sebastián de los Reyes, y con ánimo libidinoso se abalanzó sobre Modesta, le agarró con una mano un pecho y se lo tocó por encima de la ropa y le metió la mano por debajo del vestido y le toco por la parte de abajo". En la etapa probatoria el acusado intentó justificarse basándose en el estrecho y angosto espacio del encierro.

En la **SAP M 2869/2017** el acusado, como encargado de un espacio de ocio nocturno, tras quedar allí con la víctima para hacerle una supuesta entrevista de trabajo, le invitó a beber, aunque su intención era la de tener relaciones sexuales con ella. Con dicha finalidad, proporcionó a Frida tres chupitos de una bebida que produjo un gran efecto en la conciencia de la misma, llegando a perderla, aprovechándose el procesado de este estado de inconsciencia para violarla en dos ocasiones.

En la **SAP T 1615/2016** el acusado se encontraba trabajando en las discotecas de Salou distribuyendo flyers entre las personas que acudían a la zona de ocio nocturno de la ciudad. En el desarrollo de esta actividad, conoció a la víctima, quien estaba de vacaciones en Cambrils en compañía de amigos. La víctima y uno de los amigos salió esa noche y luego de estar conversando con el acusado y perder contacto con su amigo, el acusado la acompañó en un taxi hasta llegar a la zona comunitaria del inmueble, donde luego de que ella lo rechazara él la penetró vaginalmente en dos ocasiones, dejándola tendida en el suelo.

Asimismo, las adolescentes también se encuentran a veces explorando relaciones de pareja donde se generan abusos y/o agresiones. "Cuando los adolescentes establecen las primeras relaciones de pareja, reproducen los referentes de relación que han aprendido en la socialización. Esta socialización se realiza en la actualidad a través del grupo de iguales, de las referencias de los medios de comunicación, de las nuevas tecnologías de relación (blocs, Twitter, Facebook, etc.) y de los modelos familiares de relación" (Escruriol, 2011: 116). Así por ejemplo en la **SAP M 1414/2016** la víctima de 17 años se encontraba con el agresor en la habitación que éste tenía, adonde había acudido voluntariamente, y tras besarse y ante la negativa de esta a tener relaciones sexuales, fue amenazada de muerte y ante los efectos del miedo fue violada por el agresor, como posteriormente por su primo que se encontraba en la misma vivienda.

## 9.4. La diversidad funcional: diferenciación entre física y psíquica. Mención a la interseccionalidad. ¿Se aplica el art. 180.1 3º del Código Penal o el artículo 181.2 Código Penal?

Es necesario hacer mención del concepto diversidad funcional, como contemplativo del tipo de discapacidad intelectual (disminución en las habilidades cognitivas e intelectuales del individuo) y del tipo de discapacidad física (disminución de habilidades motrices). Los delitos de violencia sexual cometidos contra personas con cualquier tipo de diversidad funcional, ya sea física o psíquica, se agravan en razón del Art 180.1 3º "Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183" o en razón del Art. 181.2.

En el presente estudio se han observado 8 casos en los que la víctima presenta alguna diversidad funcional. En la SAP se advierte como a pesar de que la víctima presenta una enfermedad mental no se aplica la agravante del Art 180.1 3º: "[...] Informe elaborado por el EATAV...**grado de diversidad funcional reconocido del 65%...NO tiene capacidad de FABULACIÓN ni de IMAGINAR los numerosos detalles sobre lo sucedido... CRITERIOS DE CREDIBILIDAD...capacidades intelectuales no le permiten mantener ni la estructura ni el**

contenido de un relato no vivido. (...) **No obstante, los hechos declarados probados no integran el subtipo agravado recogido en el artículo 181.5 en relación con el artículo 180.1.3<sup>a</sup> del Código Penal, que obliga a la imposición de la pena en su mitad superior cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su discapacidad; (...) en todo caso, sigue diciendo la citada sentencia es preciso “un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio non bis in idem al valorarse una misma circunstancia o modus operandi dos veces sucesivamente”, o en palabras de la STS núm. 1341/2003, de 17 de octubre: “**incurre aquí la Audiencia en una infracción del principio “non bis in idem”, al tomar en consideración, a efectos agravatorios, un mismo dato fáctico, cual es el de la discapacidad de la víctima a causa de su enfermedad psíquica, lo que si bien supone sin duda una especial vulnerabilidad (art.182.2, en relación con el 180.1 3º CP) ya fue tenida en cuenta previamente para afirmar la ausencia de consentimiento que integra la figura del artículo 181.1 (“...sin que medie consentimiento...”)**”.**

En la **SAP M 14869/2016** se observa: “La víctima tiene una capacidad intelectual media baja y sus capacidades expresiva y comprensiva se ajustan a su capacidad y nivel formativo, pero son adecuadas para la realización de la pericial.” Tampoco se aplica el Art. 180.1.3 por ser la víctima menor de edad y quedar incluido el hecho dentro de los parámetros del Art. 183.

Por último, en la ya aludida **SAP B 2243/2016**, la víctima “tiene reconocido un grado de minusvalía del 48% al padecer un retraso mental ligero” y tampoco se aplica el 180.1 3º ni el artículo 181.2 del Código Penal.

### 9.5. El comportamiento antes y durante la agresión. La importancia del consentimiento y su actitud durante la agresión

Cobran especial relevancia los comportamientos que se van perfilando propios de lo que se denomina “víctima ideal”. Se trata de conductas esperables de la víctima en un escenario de violencia sexual, construidas en torno a creencias relacionadas con estereotipos de género y con el estereotipo de agresión sexual.

“Las mujeres acostumbran a ser víctimas de delitos y no tanto quienes los cometen, atribuyéndoseles el estatuto de víctima, para el cual es indispensable la proclamación continuada de su “inocencia” y “pasividad”. En contraposición, aquellas mujeres que rompan con este hecho esperado, se las colocará en el otro lado de la dicotomía, el de las pérdidas” (Macaya, 2013). Por ende, en las sentencias se observa cómo subyacentemente opera esta creencia al dotar de legitimidad a aquellas conductas que coincidan con los atributos de feminidad, tanto antes, durante como después de la agresión.

Por otra parte, el estereotipo de “agresión sexual” que tiene como centro de imagen el del agresor ajeno también se establece como parámetro para medir la conducta de la víctima, aun cuando se ha visto que una gran parte de las violencias sexuales detectadas son constitutivas de abusos sexuales perpetrados por personas conocidas (familiares, amigos, parejas, etc.) aunque sean ejecutadas con violencia e intimidación.

#### Comportamiento antes de la agresión:

El comportamiento previo al hecho también es utilizado en ocasiones para fundar una respuesta jurídica, extralimitándose del objeto de la tarea juzgadora constituido exclusivamente por el hecho delictivo. En la **SAP B 1306/2017** el voto mayoritario que absuelve al acusado manifiesta: “(...) conversación, quince días antes de los hechos, en a que puede verse la **insistencia de la menor por atraer y mantener una relación con el agresor...** y conversación con un diálogo de marcado contenido sexual” (que pone de manifiesto que no existe diferencia remarcable por diferencia de edad).” Y en otro pasaje que manifiesta: “Consta en este informe que **María Antonieta había tenido relaciones sexuales consentidas sin protección desde el mes de enero de 2013**, lo que da lugar, a propósito de un mareo el día 03/10/13, que sea visitada por su psiquiatra y se le proporcionen preservativos.” Se ha de destacar que la violencia sexual denunciada ocurrió el 15 de octubre de 2013, por ello que se analice el comportamiento de la víctima (de 12 años) desde enero a octubre de 2013 en primer lugar no es un hecho analizable, y en segundo lugar no puede justificar el hecho delictivo. Lo que se debería haber analizado es si el consentimiento de la víctima estuvo viciado o no. Es interesante tener en cuenta que el voto particular sí condena al acusado por un abuso sexual de menor a una pena de prisión de 8 años.

#### Comportamiento durante la agresión:

En la **SAP B 1627/2017** no se cree el relato de la víctima por no reunir los requisitos que constituyen la prueba de cargo y entre otras alusiones se expresa: “... ni se dio por la misma una explicación lógica sobre varios hechos relatados por la misma, tales como permanecer durmiendo junto al acusado en la misma cama varias horas sin aprovechar que éste se durmiera para marchar del lugar...”. No se evalúa si la misma procede de acuerdo al miedo o parálisis, sino que se le endilga cuál es la conducta que hubiera sido apropiada en ese momento: “aprovechar para marchar del lugar”.

En la **SAP GR 1183/2017**, donde la víctima denuncia abuso y acoso sexual por parte de su empleador durante los nueve años de relación laboral, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación que había absuelto al acusado: “El juzgador expone en la sentencia su incomprensión, **por falta de lógica suficiente en la versión de la testigo, de que no intentara cortar situaciones de este tipo aquellas ocasiones en que podía evitarlas si tanto le pesaban y mortificaban,**

como las de los trayectos en coche. El razonamiento es desde luego aplastante, pues no se entiende qué tipo de obstáculos tenía D<sup>a</sup> Inocencia para volver a su casa tras el trabajo por medios propios (transporte público, vehículo privado...), por lo demás no explicados en el recurso.(...) Coincidimos así con el juzgador en que las apariencias de su trato personal con el acusado no parecen compatibles con la situación de una víctima coaccionada por no perder trabajo y vivienda a soportar el constante acoso y las escaramuzas sexuales de su empleador”.

En la **SAP GI 118/2016** se aprecia la actitud que debió haber tenido la víctima luego de la agresión sexual “Tampoco es muy lógico que una persona a la que se ha agredido sexualmente, que no tiene además vínculo alguno de dependencia ni económica ni emocional con el acusado, después de ser agredida el sábado se quede en la casa, no aproveche la presencia del hermano del acusado con los niños para marcharse de allí, sino que como declara la propia acusada se bañe con el acusado y se vayan juntos a la habitación, donde vuelve a mantener relaciones sexuales consentidas con el acusado”.

#### 9.6. El comportamiento después de la agresión: requerimiento de lesiones, trauma y premura en la denuncia. Apreciaciones sobre la vida privada de la víctima.

Además de los estereotipos y representaciones sociales que se han enunciado, existen otras conceptualizaciones presentes en la judicatura que es necesario problematizar: la gravedad de la violencia se configura en la medida que el comportamiento del agresor tenga como efectos directos la existencia de lesiones y la existencia de trauma.

Nos referiremos primero a la importancia que adquieren las lesiones físicas como efecto del comportamiento dañoso. En este sentido, las lesiones físicas continúan constituyendo un respaldo del testimonio de la víctima, pero en ocasiones se vuelven un elemento condicionante: en la medida en que no hay lesiones, no se corrobora la gravedad del hecho, y puede que éste no llegue a configurarse como delito.

Respecto de los tres elementos condicionantes para dotar el testimonio de la víctima de plena credibilidad como prueba de cargo (1- Incredibilidad subjetiva, 2- Verosimilitud de la declaración y 3- Persistencia en la incriminación), aquí cobra relevancia el segundo de ellos: la “Verosimilitud de la declaración”. El mismo se refiere a la existencia de datos externos y “objetivos” que acompañen el testimonio de la víctima tales como el testimonio de testigos, los informes de la guardia civil, el parte de lesiones, entre otras.

Las **lesiones** constituyen el principal elemento periférico para verificar la verosimilitud de la declaración de la víctima. Si bien ya no suele afirmarse la necesidad de

lesiones como condición sine qua non para la existencia de la agresión sexual, lo cierto es que en la práctica puede llegar a perfilarse como tal.

Así, en la **SAP GI 1358/2017** se manifiesta: “lo que declara la menor es que el acusado empleó violencia e intimidación para penetrarla vaginalmente. No deja de llamar la atención que las acusaciones no acojan en plenitud el relato de la víctima, especialmente la acusación particular. **De la prueba practicada existe un primer dato importante, que impide tener por acreditado que hubiera violencia y es el informe de sanidad del médico forense.** Este informe (folio 107) concluye que no se aprecian lesiones cutáneas recientes ni crónicas o evolucionadas, **no apreciándose en dicho informe lesiones en los muslos, (donde según la menor se habría producido la fuerza por el acusado para realizar el acto sexual).** Las únicas lesiones cutáneas que aparecen y que podrían ser compatibles con una agresión son las de las extremidades superiores, (según el forense pudieron ser ocasionadas por tocamientos, aunque no exclusivamente). Tampoco el examen del himen aporta dato alguno probatorio de una agresión sexual, ya que el informe forense señala que es un himen permeable, pero que no se aprecian edema ni erosiones y que la vagina y el cérvix no presentan lesiones.”

En la ya mencionada **SAP GI 118/2016** se hace alusión nuevamente a la ausencia de lesiones en los órganos genitales como un elemento a valorar: “Sobre el origen de las lesiones los médicos forenses declaran que el golpe es debido a un mecanismo contusivo y las excoiraciones a un mecanismo erosivo de fricción. **De ello se desprende que las lesiones tienen su origen en la agresión por el acusado, pero no resulta acreditado fuera de toda duda que esta agresión tuviera como finalidad vencer la resistencia de la víctima para agredirla sexualmente.** Es más, del relato de la víctima se desprende que el golpe en la cabeza es posterior a la agresión que denuncia. Por otra parte debe valorarse, no solo las lesiones causadas, sino también la ausencia de lesiones. Según relata la denunciante, le mete los dedos en la vagina. **Examinada la documental médica no aparece ningún tipo de lesión en la zona vaginal de la Sra. Ruth. Tampoco hay lesión alguna en los brazos ni las muñecas de la misma, cuando según declara la Sra. Ruth el acusado la agarra por los brazos y se los echa para atrás.** Es cierto, que, según declaran los forenses, no necesariamente la introducción de dedos en la vagina tiene por que producir lesiones, pero la ausencia de las mismas es un elemento más a valorar. Tampoco sabemos si hubo lesión anal, porque al no haber manifestado al forense, el haber sido agredida por dicha vía, la Sra. Ruth no fue explorada por el forense en esa zona”.

En segundo lugar, dentro del estereotipo de una verdadera violación se vislumbra la existencia de **trauma** como requisito inmediato a la agresión sexual. Es decir, la afectación emocional de la víctima arroja mayor



claridad en los Tribunales a la hora de evaluar su credibilidad. Por el contrario, las supervivientes que en sus declaraciones ante la policía o en sede judicial, demuestran un perfil de calma, o de ausencia de llanto o ansiedad, etc., en ocasiones dan lugar a la duda sobre la realidad de los hechos. Este efecto requerido como medida para evaluar el comportamiento de las víctimas y de allí extraer la veracidad o no del hecho dañoso, puede ser especialmente peligroso, toda vez que las reacciones que no demuestran un especial sufrimiento pueden ser no creíbles.

En la **SAP B 14199/2017** para el caso de una menor que denuncia un abuso sexual (y donde se absuelve al imputado): *“También debe destacarse que los peritos no detectaron, pese a los pocos más de tres meses transcurridos desde que sucedieron los hechos denunciados hasta el momento de la exploración, ningún cambio o afectación de la menor, ni en casa ni en la escuela.”* Nuevamente hay una valoración de las conductas de la menor que se contradice con *“las que debería haber tenido”* si hubiera sido víctima real de un abuso sexual.

En la **SAP T 160/2017** se hace alusión a las risas que presentaban las niñas víctimas de violencia, observación que hace el agente policial, la que es tomada como una reacción anormal para un momento de violencia: *“Por otro lado, desconocemos cómo eran las risas que se dice las menores exteriorizaron en algún momento de la actuación policial (entre ellas, pudiera ser una risa nerviosa derivada precisamente del contexto de la intervención policial y el lugar público donde se estaba llevando a cabo) pero desde luego tenemos claro que esos mismos agentes de policía describen también como las menores estaba excitadas y llorando cuando ellos se personaron en el lugar”*. En este caso, la apreciación es amplia contemplando la posibilidad de que las risas provengan de un estado de ánimo confuso, propio de una situación de violencia sexual.

Otro efecto que también es destacado en la mayoría de las sentencias analizadas es el dato de la **premura en la radicación de la denuncia**, lo que dota al relato de un mayor respaldo que aquellas en que hay una tardanza o un tiempo transcurrido.

En la **SAP B 1458/2017** nuevamente se juzga la conducta que debería haber tenido la víctima, y especialmente, que el hecho no haya sido denunciado cuando ocurrió (*“que nada dijo durante años”*): *“Hay otros detalles que hacen que deba también cuestionarse la credibilidad del testimonio. (...) O la afirmación de la menor respecto a que ella no vio lo que le hacía el acusado porque no quiso mirar (ya antes de que el acusado supuestamente le bajara los pantalones), lo cual resulta extraño en una niña de ocho años, al igual que es extraño que, tras lo ocurrido, fuera al lavabo y se lavara la cara antes de irse a su casa, reacción impropia de una niña de ocho años que acaba de ser agredida y que lo normal es que corra en busca de*

*su madre o de un refugio. Tampoco parece posible que los hechos ocurrieran antes de que el acusado se casara, como asegura la menor, porque de la declaración de doña Mariola se desprende que ese matrimonio tuvo que producirse cuando la niña tenía cuatro o cinco años. Incluso en la gran precisión de otros detalles que ofrece la menor hay un elemento algo sospechoso, **si tenemos en cuenta que tenía ocho años en aquellos momentos, y nada dijo durante años, lo que no encaja bien con la conservación de un recuerdo tan detallado.**”*

En la **SAP B 13482/2017** es la parte recurrente (el acusado y condenado en primera instancia) el que intenta demostrar la inexistencia de violencia sexual en razón de la tardanza de la víctima en denunciar, lo que afortunadamente no es justificado por la Audiencia Provincial: *“Puesto que ella era interina y ante el temor a la falta de credibilidad y por su pareja, **no denunció inmediatamente los hechos**, pero puesto que él seguía haciendo gestos y guiños de ojos humillantes, decidió finalmente denunciar. Es decir, **esa tardanza que el recurrente apunta como elemento para desactivar la virtualidad de la denuncia, quedaría explicada por la propia denunciante**, por razones de vergüenza, por temor a una eventual descalificación pública, por el hecho de ser mujer casada, por la circunstancia de tratarse de una empleada interina, y, por la esperanza de que el acusado no la siguiera importunando.*

Pero no solo es menester destacar las apreciaciones que el juzgador puede hacer en relación a la ausencia de lesiones o de trauma o falta de premura en la denuncia, sino también aquellas que se basen en el **comportamiento o forma de vida de la víctima** después de la agresión, que además de una invasión al ámbito de su intimidad, puedan constituirse como fundamento de una sentencia condenatoria o absolutoria.

En la **SAP M 911/2017** la víctima es trabajadora sexual y luego de su trabajo es sometida contra su voluntad a tocamientos y abusos. Pese a que en la sentencia se condena al acusado por una agresión sexual se hacen observaciones sobre el comportamiento de la víctima que exceden el tratamiento adecuado del hecho: *“D<sup>a</sup>. Andrea cuida de alguna forma su salud: denuncia que Lorenzo le ha sustraído entre otras cosas una receta de amoxicilina (f21) se somete a análisis dos veces por semana en un C.A.D. (f46). Cuando es reconocida por la médica del Servicio Madrileño de Salud **no se hace explorar la zona vaginal pese a que su agresor tenía las manos manchadas de sangre**, ni consta en el informe referencia alguna a algún riesgo adicional por esa razón. No hay por ello ningún tratamiento preventivo y simplemente se le recetan antiinflamatorios (f25). **Aunque la profesión de la víctima puede endurecer a las personas**, no existe ninguna alteración o cuadro psicopatológico reactivo (f55), más fácil cuanto más se vulnera la libertad y la intimidad.”* Precisamente se hace alusión a la profesión de la víctima y a cómo ella desempeña su trabajo, lo que excede el marco de análisis de la agresión sexual.

En la **SAP GR 563/2016** la víctima apela la sentencia absolutoria de su agresor con el fin de que se lo condene, pero no solo se desestima su recurso, sino que la Audiencia Provincial también reitera comentarios acerca del comportamiento que habría tenido que manifestar la víctima luego de la agresión sexual, y que evidentemente responde al prototipo de víctima ideal al que ya se ha aludido: “Por último, y en cuanto al elemento estrella del tipo, la falta de consentimiento, el juez determina el carácter contradictorio de las manifestaciones, no pudiendo atribuir mayor grado de certeza o verosimilitud a unos u otra, si bien, expresa que la relación sexual no consentida **parece incompatible con el ambiente reinante entre los tres implicados** cuando se dirigían al domicilio de Alicia, conforme al testimonio prestado por una testigo, Verónica, quien manifestó **que se reían y mostraban un comportamiento de haber bebido**. A ello añadiremos **que el comportamiento realizado por Alicia durante los tres días que siguieron a los hechos**, antes de la interposición de la denuncia, **tampoco son evidencia de haber sufrido un ataque contra su intimidación sexual** siendo especialmente significativo el hecho de acudir al domicilio de la pareja de uno de sus supuestos agresores para “informar” que había sido violada por el mismo.

En la **SAP B 14003/2016** se visualiza las apreciaciones sobre la vida sexual de la víctima, específicamente sobre sus relaciones amorosas posteriores al abuso sexual que habría sufrido por parte de la pareja de su madre cuando contaba con entre 10 y 13 años de edad: “Nunca hizo mención Paulina al hecho de haber sido objeto de abusos sexuales por parte del compañero sentimental de su madre, ni entonces, ni con posterioridad, **a pesar de haber tenido tres relaciones sentimentales con parejas mayores que ella. Una primera, cuando Paulina contaba con 16 años de edad y que duró unos dos años, según indica ella misma; una segunda, cuando había cumplido ya los 19; y una última, que se inició cuando contaba con 23, y su novio con 33.** Precisamente, según sus propias manifestaciones, fue la dificultad que la misma presentaba para realizar determinadas prácticas sexuales, lo que le llevó a explicar a su pareja que dicha dificultad tenía su origen en los abusos cometidos sobre ella, cuando era menor, por el hoy procesado. Paulina cuenta que su novio le dijo que lo denunciara, y que fue entonces cuando se lo contó a su madre, quien también le apoyó en esa decisión hasta el punto de acompañarla a Comisaría.” Y a continuación se advierte otra nueva intromisión sobre su vida privada, también posterior al hecho denunciado, que a lo largo de la sentencia se utilizará para justificar su estado anímico: “Sí que declaró el primer novio de Paulina, José Augusto, con quien llegó a convivir en la casa de la familia de ella. Este testigo describió la relación de Paulina con Fermín como de padre e hija. Añadió que Paulina nunca le hizo ninguna referencia negativa de él; **que con Paulina siempre mantuvieron relaciones sexuales normales sin ningún problema, así como que, a consecuencia de las mismas, ella se quedó una vez embarazada, pero que abortó.** El de-

tonante de la denuncia, es decir, esas complicaciones en las relaciones sexuales, por tanto, no queda debidamente aclarado” (...) “Pues bien, igual que el abuso sexual continuado objeto de denuncia puede provocar un importante impacto psicológico, **también un aborto provocado, calificado por los expertos como un hecho, en general, notablemente traumático para la mujer, tiene entidad suficiente como para provocar dificultades en las relaciones de este tipo que, en el presente caso, no pueden descartarse como detonante de los problemas alegados por Paulina**”. Finalmente la sentencia es absolutoria.

En los ejemplos citados se advierte cómo las **lesiones**, el impacto emocional (**trauma**) del delito de la violencia sexual, y la **premura en la denuncia**, continúan siendo efectos esperables que se posicionan normativamente restando credibilidad a aquellas situaciones que no se hallan subsumidas dentro de este esquema. Es decir, la manera en que las víctimas enfrentan emocionalmente el suceso, o el tipo de lesiones que presentan, aun cuando no sean requisitos explícitos en la ley, se advierten como exigencias derivadas de estereotipos presentes en los Tribunales. Ello debe ser calificado como un problema, puesto que conlleva la posibilidad de que se erija como requisito normativo, y en consecuencia, las víctimas tengan menos posibilidades de resultar creídas en aquellos casos en que no presentan exactamente estos efectos. De esta forma se uniforman los efectos de la violencia sexual, determinando algunos como coherentes, y por lo tanto, contribuyentes a la verosimilitud del relato de la víctima, y otros como incoherentes o ilógicos, los cuales presentan el peligro de ser patologizados a causa de “no ser los efectos normales de las víctimas”.

Este no es un hecho menor, si además observamos la cantidad de absoluciones que hay basadas en que el relato de la víctima no ha alcanzado un grado de suficiencia tal que desvirtúe la presunción de inocencia del acusado. Un gran porcentaje de las sentencias recabadas son absolutorias puesto que el relato de la víctima no alcanza verosimilitud suficiente, y por lo tanto se desliza la afirmación de que la relación fue consentida. Por ende la normativización de exigencias derivadas de estereotipos y creencias sobre la violencia sexual y sobre un tipo ideal de víctimas puede dar lugar a un sinnúmero de situaciones injustas.

## 10. Radiografía de los hechos

Durante el siglo XX los llamados “delitos contra la honestidad” se comienzan a cuestionar hasta que en el Código Penal de 1995 el bien jurídico protegido pasa a ser la libertad sexual (y la indemnidad sexual en los casos de personas bajo la edad de consentimiento), lo que representó o debió representar un cambio de paradigma en la comprensión de las violencias sexuales.

Actualmente, la estructura de delitos en el Código Penal responde a dos criterios para dar lugar a una clasifi-

cación en orden de gravedad. Por un lado la intensidad de la imposición delante de la víctima que ya se ha analizado, que divide a los delitos entre agresiones y abusos sexuales, sobre la base de existencia o ausencia de “violencia o intimidación”. Por otro lado, se considera el grado de contacto sexual, atento que se considera más grave aquellos casos en que hay “penetración”.

El primero de los criterios está recogido en el Título VIII del CP de 1995 que divide a los delitos en tres capítulos: agresiones sexuales (178 a 180), abusos sexuales (181) y agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años (183 a 183 quater). Con relación a las agresiones sexuales, la ley ha optado por una definición general amplia que admite modalidades antes no contempladas. Se entienden que constituyen ataques a la libertad sexual no solo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el hecho de obligarla a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre ella misma o sobre un tercero (Asúa, 1998:84).

Sin embargo en el análisis de los hechos no siempre es clara la adecuación al tipo de agresión sexual o de abuso sexual, basándose en la existencia o no de violencia e intimidación. Pero por el contrario, se ha detectado que la tipificación en una u otra figura está íntimamente relacionada a la relación preexistente entre el agresor y la víctima (es decir si son conocidos o no) y con el contexto y lugar en que suceden los hechos (si es un lugar privado o público, entorno rural o urbano).

Entonces, a la hora de ser juzgadas las conductas llevadas a cabo por los agresores, hay una serie de requisitos subyacente en el imaginario social y judicial respecto de lo que se entiende tradicionalmente por abuso y por agresión sexual. Para ello, es menester analizar la casuística de los hechos y detectar los preconceptos que continúan perfilando las nociones de agresión y abuso sexual.

## 10.1. Relación entre víctima y agresor.

### 10.1.1. Relación de la calificación del hecho versus relación víctima/agresor

A priori, a partir del análisis de las sentencias, es necesario observar que de los 167 casos hay solo un 28,14% en que el agresor y víctima son desconocidos, restando un 71,86% en que ya existe una relación previa entre los mismos.

Cabe destacar que el análisis confirma lo que señalan las encuestas y estadísticas más generales: las agresiones y abusos son frecuentemente ejercidos por conocidos, amigos y familiares. Lo que en realidad pasa es que el miedo y la vergüenza obstaculizan la visibilización de estas violencias (Igareda, 2011).

Por otra parte, del 71,86% de casos (120) en que víctima y agresor se conocen previamente, hay aproximadamente un 31% (52 casos) en que los agresores

son padres, abuelos, tíos, parejas y exparejas, es decir, personas del entorno familiar más cercano, las que habitualmente habitan en el mismo espacio que la víctima. En los restantes 68 casos los agresores son amigos, compañeros de trabajo, profesionales de la enseñanza, conocidos de relaciones esporádicas, etc.

Si bien en el imaginario social continúa vigente el mito de que para que exista un delito de agresión sexual es un extraño el que debe atacar la libertad sexual de la víctima, la casuística permite observar que una gran cantidad de casos de violencia sexual que es ejercida por las personas más cercanas. Así Cantón - Cortés, D. explica: “La mayoría de los abusos sexuales a niños y los más graves suelen cometerse dentro del contexto familiar o de su entorno próximo, es decir, los agresores son con frecuencia parientes y conocidos (Briere y Elliott, 2003; Fanslow et al., 2007; Leahy, et al., 2004; Pereda y Forns, 2007; Speizer et al., 2008), siendo relativamente baja la tasa de abusos cometidos por extraños (Gallagher et al., 2008; Speizer et al., 2008). Por ejemplo, en un estudio con una muestra representativa de adultos norteamericanos, Briere y Elliott (2003) informaron que un 46.8% de los abusos sexuales los había cometido alguien de la familia inmediata o extensa”.

Esta idea generalizada dificulta la percepción de gravedad de otras formas de agresión sexual, algunas largamente toleradas o minimizadas (Asúa, 2008). Cuando el agresor es una persona ajena al ámbito de relaciones de la víctima, la prueba de la intimidación ejercida resulta más viable.

Además el requisito de la ausencia de incredibilidad subjetiva parecería reforzar la idea del agresor extraño, toda vez que en estos casos ya se descarta la posibilidad de venganza u otro móvil que pudiera llevar a la mujer a denunciar una agresión sexual.

Todo ello contribuye a sostener y consolidar la existencia de una agresión sexual prototípica con determinados elementos (agresor ajeno y/o extraño, resistencia de la víctima, modelo ideal de víctima, etc.) que no actúan únicamente como modelo descriptivo, sino como figura prescriptiva, erigiéndose como parámetro de situaciones que quedan incluidas o excluidas de dicho modelo. Es decir, aquellos comportamientos que no entran dentro de este estereotipo tendrán menos probabilidades de ser considerados y penados como agresiones sexuales.

### 10.1.2. Relación de sentencia absolutoria/condenatoria versus relación víctima/agresor

Por otra parte, deviene útil contrastar la cantidad de absoluciones o sentencias condenatorias según se trate de agresiones o de abusos sexuales. Si bien no se puede acceder al número exacto, la cantidad de absoluciones existentes en los abusos sexuales en que la víctima y el agresor son conocidos no es menor. De allí

se desprende como mensaje subyacente para aquellas que en los casos donde no se configuraría una agresión sexual, conviene tolerar dicha situación, puesto que el hecho no es condenable.

## 10.2. Lugar de la agresión

El sitio donde se cometen las agresiones sexuales es otra cuestión a analizar. Los resultados del estudio permiten visualizar en qué medida las violencias acaecen en espacios públicos y/o en privados, y por otra parte si se presentan mayormente en entornos urbanos o en entornos rurales.

### 10.2.1. Espacio público/espacio privado en relación con la relación entre víctima/agresor. Especial mención al domicilio familiar, la casa del agresor y la casa de víctima

En el estudio surge que de las sentencias analizadas, los hechos se dan en un 31,14% en el domicilio del agresor, en un 14,97% en el domicilio familiar, y en un 5,99% en casa de la víctima. El mito de que “la familia es siempre un lugar seguro” se desvanece nuevamente al observar estos datos. Cabe aclarar que si se consideran la cantidad de casos de violencia sexual intrafamiliar, en muchos casos el domicilio familiar o de la víctima coincide con el del agresor.

Asimismo dentro de la categoría de “otros espacios” se aprecian otros sitios relacionados tales como vehículo del agresor, lugar de trabajo del agresor, interior del edificio donde vive el agresor.

Por otro lado, en un 3,59% se ha detectado que las agresiones se dan en el lugar de trabajo, dato que está íntimamente relacionado con el delito de acoso sexual. A modo de ejemplo, en la ya mencionada **SAP GR 1183/2017**, la víctima recurre ante la Audiencia Provincial la sentencia absolutoria de su antiguo empleador por el delito de abuso y de acoso sexual, a los que habría estado sometida durante los nueve años de relación laboral como trabajadora del hogar. Asimismo en la **SAP B 13482/2017**, el acoso sexual se produjo en el lugar de trabajo que compartían víctima y agresor, en un mismo rango jerárquico. La sentencia de primera instancia había absuelto al acusado por el delito de acoso sexual, y lo había condenado por abuso sexual a un año de prisión. Sin embargo la Audiencia Provincial revoca la condena a prisión de un año por abuso y lo condena a una multa por falta de vejaciones injustas.

Otra especial referencia hay que hacer a los centros de enseñanza, gimnasio, clubes. En general se aprecian casos de abusos o agresiones sexuales a menores en los cuales el maestro, entrenador, etc se prevalía de su relación de confianza con el menor, efectuando tocamientos, llevándolos a su casa, etc. Entre estos se observa la **SAP M 1034/2016**. El acusado era monitor de ciclismo de un club, y tras realizar rutas ciclistas por distintos senderos lo que le servía para entablar una relación más cercana con los menores, los invitaba a su

domicilio con el objeto de reparar las bicicletas, ducharse, etc, donde les efectuaba tocamientos, los fotografiaba en poses sexuales, etc. Finalmente es condenado por la utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, por la exhibición del mismo y por abuso sexual continuado con respecto a 11 menores.

Los espacios hasta ahora mencionados corresponden al espacio privado que permanece ajeno a las miradas de terceros, y que en los delitos de violencia sexual tiene especial relevancia por su propia naturaleza, en tanto se trata de actos cometidos a espaldas de terceros. Este dato ha de ser contrastado con el de la ausencia de testigos presenciales. De las sentencias analizadas en un 72% no existe prueba de testigos producida en juicio. Y en el 28% restante los testigos suelen ser “de referencia”, personas a las que se les han contado los hechos previamente a la radicación de la denuncia.

Solo en un 8,98% se ha detectado que las agresiones se den en espacios públicos: en la calle, en parques, playas, entradas a parking, transporte público y espacios de ocio nocturno.

Si bien los datos no son exactos toda vez que hay sentencias en las que no se especifica el lugar de los hechos (33,53%), la casuística demuestra que los delitos sexuales son especialmente ejecutados en espacios privados. Este extremo ha de ser analizado especialmente para desmontar el mito del agresor sexual extraño y ajeno a la víctima que ataca en despoblado, que continua actuando como condicionante en la aproximación al problema y dificulta la detección y un correcto tratamiento.

### 10.2.2. Espacio rural/urbano en relación con la relación entre víctima/agresor. Referencia a la ley catalana (art. 68)

Otra variable a tener en cuenta a la hora de analizar los hechos es apreciar si estos se han cometido en un entorno urbano o en un entorno rural, y en base a ello analizar su frecuencia y características.

Las comunidades autónomas analizadas de Cataluña, Madrid y Andalucía presentan poca población rural<sup>94</sup>, pero no obstante en el presente estudio el porcentaje de casos acaecidos en un ambiente rural es del 6% frente al 38% de hechos acaecidos en entorno urbano. Es un dato que desafortunadamente no se puede conocer con exactitud ya que en gran parte de las sentencias no se especifica tal extremo.

Sin embargo se podrían deslizar dos apreciaciones. Por un lado, el desconocimiento de la existencia de delitos sexuales y la permanencia del secreto entorno a él po-

94 Según la Generalitat de Cataluña, esta comunidad autónoma presenta solo un 5% de población rural, que vive en pueblos de menos de 2000 habitantes (<https://web.gencat.cat/es/temes/catalunya/coneixer/territori-poblacio/>). Andalucía por su parte tiene gran concentración de la población en sus grandes ciudades, pero no se ha podido acceder a cifras concretas (<https://es.wikipedia.org/wiki/Andaluc%C3%ADa#Distribuci%C3%B3n>)

sibilitan un menor grado de denuncia. Por otro lado la distancia de la red de servicios de los lugares donde se producen los hechos dificulta la denuncia y posterior seguimiento de estos delitos.

En este sentido el Art. 68 de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña establece lo siguiente:

“Los servicios de atención, asistencia y protección que esta ley establece en el título III deben facilitar el acceso de las mujeres provenientes del mundo rural y de zonas de difícil acceso a centros alejados de sus lugares de origen y residencia, para garantizar el anonimato de estas mujeres.”

No obstante la normativa legal citada, conviene efectuar un análisis específico sobre los delitos sexuales perpetrados en el entorno rural, con el objeto de aproximarse desde una óptica más certera.

### 11. La intervención de profesionales

La intervención de los profesionales médico forenses y de la psicología, entre otros tiene una extrema importancia en la detección de elementos de prueba que posibiliten la interpretación de los hechos y su posterior calificación jurídica por el órgano juzgador.

Ya se ha hecho alusión a uno de los elementos condicionantes que debe reunir el testimonio de la víctima para constituir prueba de cargo - la “Verosimilitud de la declaración”- por la cual el testimonio debe estar dotado de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria. Estos elementos pueden ser parte de lesiones, pruebas psicológicas, pruebas de testigos, pruebas documentales.

#### 11.1. Los informes médicos forenses y psicológicos. Comentarios “curiosos” realizados por los profesionales de la salud

Dada la particular naturaleza de estos delitos que ocurren sin personas alrededor, el parte de lesiones, como ya se ha explicado, adquiere especial importancia, llegando incluso a erigirse en ocasiones como elemento condicionante de la agresión sexual.

El/la médico/a forense podrá pronunciarse sobre varios aspectos: si hay signos físicos de violencia o intimidación, alteraciones anatómicas genitales (inflamación o irritación), detección de restos biológicos, detección de enfermedades de transmisión sexual, restos de sustancias en sangre que pudiera tener la víctima (drogas/alcohol), estudios de ADN de restos biológicos para determinar circunstancias de parentesco, entre otras.

A modo ilustrativo se presenta la **SAP AL 988/2016** donde el parte médico deviene la prueba fundamental para confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia: “Rosario, sufrió lesiones consistentes en cervicalgia, dolor en cuero cabelludo, lesiones por agarre en brazos, excoriaciones leves a nivel púbico, ansiedad

y síndrome de estrés postraumático; que no requirieron para su sanidad más que de una primera asistencia facultativa, tardando en sanar 60 días, todos ellos impeditivos para el desempeño de sus ocupaciones habituales; y habiendo quedado como secuelas, trastornos neuróticos por estrés postraumático en grado moderado, reclamando por sus lesiones y secuelas la perjudicada”.

En la **SAP M 17878/2017** los partes médicos al guardar relación con el testimonio de la víctima constituyen el respaldo fundamental que genera la prueba de cargo: “Los informes médicos de asistencia inicial, el primero emitido por la Unidad de Soporte Vital Avanzado, dado a las 4:00 horas del día de los hechos, en el que además de reflejarse lo que refiere la joven, se objetiva que se encontraba muy nerviosa y semidesnuda (solo lleva bragas y calcetines), leve feto etílico, sin lesiones externas. (...)El tercer informe se emite por el Hospital Universitario La Paz, aparece datado a las 11 horas del día 7 de febrero de 2015, y en él se reseña la presencia del médico forense y el resultado del reconocimiento: “Hematoma en rodilla derecha y mínimo hematoma en codo derecho”, “No lesiones genitales ni signo de inflamación genital”. Por último, se cuenta con el informe emitido por el médico forense de 7-2- 2015, en el que además de reseñar el reconocimiento conjunto con el ginecólogo de guardia del Hospital La Paz, se hace constar lo siguiente: Dolor en hemicara derecha, donde no se aprecia hematomas, equimosis latero cervical derecha, poco marcada y no figurada; contractura cervical leve, contusión mínima en codo derecho y contusión en rodilla derecha por caída. **Del contenido de todos esos informes puede fácilmente concluirse que son compatibles con el relato de hechos que hace la víctima, aunque, efectivamente, las lesiones orgánicas fueran de escasa entidad”.**

En la **SAP B 2395/2017** se observa como la prueba de ADN se erige como la más cabal prueba del abuso sexual carnal que sufría la víctima por parte de su padre: “Informe del Hospital del Mar (HECHO PROBADO ÚNICO). FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO: “[...] determinación de ADN de la víctima y del procesado extraído en el momento del ABORTO ESPONTÁNEO resulta una clara corroboración de la RELACIÓN PATERNA FILIAL...la probabilidad de PATERNIDAD es superior a 99,999999996%”.

En contrapartida, tal como se ha analizado ya, la ausencia del parte de lesiones o de la prueba de exploración genital ginecológica puede generar la falta de elementos periféricos objetivos que den credibilidad al testimonio de la víctima, y por lo tanto, ante el principio de “in dubio pro reo”, fundar una sentencia absolutoria. Así ocurre en la **SAP GI 409/2016**: “Llama poderosamente la atención, además de lo expuesto, **el que en dichos reconocimientos médicos, en el hecho en urgencias y en el hecho por la facultativo forense, no se inspeccionen los órganos genitales de la perjudicada al efecto de tratar de encontrar algún signo físico de una**

penetración violenta, con los frotis para buscar restos de ADN y tratar de relacionarlos con los del agresor...”.

En la **SAP GR 1174/2017** se aprecia que la prueba médico forense deviene decisiva para fundar la absolución del acusado, en este caso abuelo de la víctima menor de edad: “en la tarea de valorar la objetividad de los aportados a las actuaciones y los fueron objeto del debate contradictorio en la vista oral, la Sala advierte **que las exploraciones físicas practicadas a la menor, esencialmente la llevada a cabo por su pediatra, carecen de la debida consistencia a los efectos pretendidos**, porque la “vulvitis sin signos de infección” apreciada el 24 de junio es de etiología inespecífica **y no generó en la doctora sospecha alguna de que la niña pudiera haber estado sometida a abusos de índole sexual**. (...) Otros profesionales de la medicina declararon durante el juicio que se la vulvitis en cuestión es un trastorno frecuente en niñas de esa edad, manifestando la Sra. Forense que realizó el examen el 7 de septiembre de 2015 (folio 52) **que las causas del enrojecimiento que apreció en la niña eran inespecíficas**, que su curación dependería de que tuviera la higiene adecuada y que puede mantenerse en el tiempo dependiendo de la mayor o menor calidad de esa higiene, siendo normales los resultados de la exploración efectuada por ella, incluido la relativa al estado psíquico de la menor.”

Además de la prueba médico forense, la evaluación psicológica del testimonio de la víctima constituye un elemento de prueba crucial en los delitos cometidos en la esfera privada pues, con frecuencia, es la única evidencia disponible. Así, la función del psicólogo forense como perito judicial es la de auxiliar a la justicia, asesorando a jueces y tribunales a partir de los conocimientos propios de la disciplina. La exhaustividad y rigurosidad durante todo el proceso de evaluación de la víctima determinará su fiabilidad y validez y, por tanto, su admisibilidad como prueba de cargo en el juicio. Por ello, resulta imprescindible la utilización de técnicas de evaluación en el contexto forense avaladas por la evidencia científica (Amado, 2017).

En la **SAP B 11152/2016** se evidencia que la pericial psicológica ayuda a dilucidar la existencia de abusos: “[...] informe pericial del EAT Penal... ENTREVISTA con los padres y el menor hacen una valoración sobre la credibilidad (...) añadiendo que advirtieron un sentimiento de culpa en el menor derivado del hecho de que los referidos “juegos” le gustaban lo que es un dato que apoya la realidad de los tocamientos.

En la **SAP L 846/2016** también se concluye la posibilidad de abusos: “[...] entrevistas, cuestionarios de personalidad y pruebas gráficas... los resultados obtenidos a lo largo de las pruebas que practicaron a la menor permitieron apreciar unos indicadores elevados en las subescalas de incomodidad respecto al sexo y los sentimientos de ansiedad, lo que es compatible con las situaciones de abuso intrafamiliar...”.

Por el contrario, en la **SAP GR 1174/2017** el juzgador llega a la conclusión absoluta a pesar de que el informe no fuera contundente en la ausencia de probabilidad de abuso: “Tras este informe se llevó a cabo la exploración de la niña a lo largo de tres sesiones supervisadas por la psicóloga-forense adscrita al Juzgado, sesiones que fueron grabadas y, luego, visionadas en el Plenario.- **La psicóloga emitió informe en el que, en síntesis, se dice que durante la exploración se apreciaron indicadores compatibles con los hechos denunciados, y que entre estos estarían la frialdad afectiva de la niña, el rechazo mantenido en el tiempo sobre la figura del acusado, y a volver al domicilio en el que vivía en compañía de aquél, así como el rápido apego a las figuras de sustitución; no obstante -se pudo comprobar-, la niña en ningún momento verbalizó nada acerca de lo sucedido, aclarando la psicóloga que el silencio es un mecanismo de defensa, una conducta ante determinados hechos que no quiere decir que no se recuerden.**”

Por otra parte la pericial psicológica forense también evalúa el perfil del agresor. A título ejemplificativo, en la SAP B 2630/2017 determina un trastorno de la personalidad, y en consecuencia la calificación de atenuante de alteración psíquica: “ informe pericial que obra a los folios 415 y siguientes de la causa emitido por los doctores Juan y Adriano , que concluyen que **el procesado sufre un trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo y un trastorno de la inclinación sexual**, presentando rasgos nocivos y patológicos de personalidad de base tipo impulsivo en el área sexual con tendencias al fetichismo, escoptofilia (voyeurismo) y tendencias gerontofílicas, a lo que se suma un trastorno mixto de la personalidad (Clúster B y C) caracterizado por una inestabilidad límite impulsiva y dependencia emocional que vienen a agravar su condición patológica incesante y desviada de deseo sexual impulsivo, es decir, se le suma un diagnóstico por trastorno de la personalidad de tipo límite y trastorno de la personalidad dependiente”.



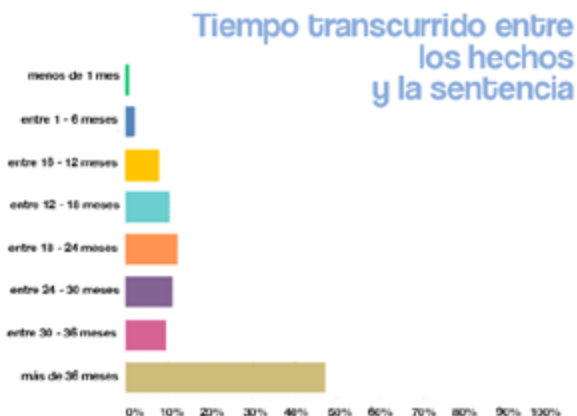
## Parte V

### Análisis cuantitativo jurisprudencial

#### 1. Las comunidades autónomas

De los 167 casos, 76 proceden de los tribunales de Cataluña; 56 de Madrid y 35 de Andalucía.

#### 2. El tiempo transcurrido entre la agresión i la sentencia

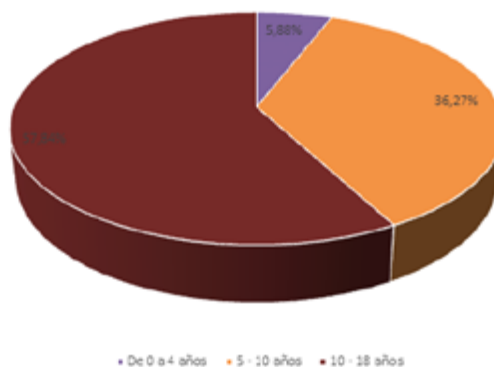


OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	Cantidad
Menor de edad	61,08%	102
Mayor de edad	38,92%	65
TOTAL		167

OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	Cantidad
De 0 a 4 años	5,88%	6
5 - 10 años	36,27%	37
10 - 18 años	57,84%	59
TOTAL		102

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Gráfico 3. Los casos de las víctimas menores de edad



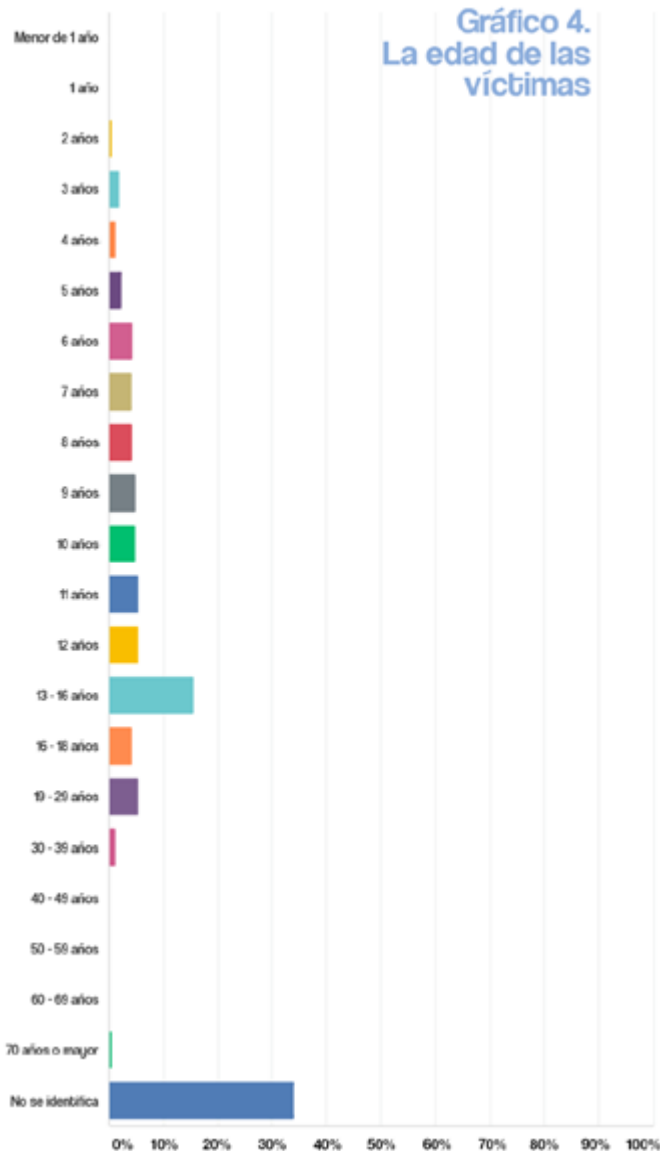
Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Como se observa en la tabla obtenida del análisis de los casos, en el 47,31% de los casos (esto es, en 79 de los casos) el tiempo transcurrido entre la agresión y la emisión de sentencia es de más de 36 meses (3 años), seguido por una media de entre 18 a 24 meses (11,98%; 20 casos).

#### 3. Edad de las víctimas

Gráfico 4. La edad de las víctimas

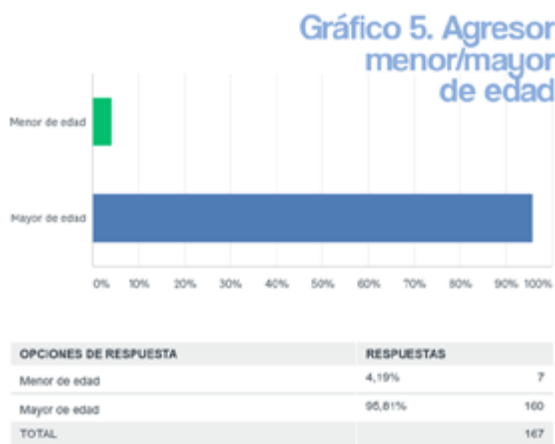




En el 61,08% de los casos (102 casos) la víctima es menor de edad, respecto a un 38,92% (65 casos) donde la víctima es mayor de edad. De entre las que son menores, 26 de ellas (15,57%) comprenden entre los 13 y los 16 años; en 65 de los casos la víctima comprende entre los 2 y los 12 años (mostrándose un cierto aumento progresivo con la edad).

En el 57,84% de los casos (59 casos) la víctima comprende entre los 10 y 18 años; en el 36,27% de los casos (37 casos) comprende entre los 5 y 10 años; y en el 5,88% de los casos (6 casos) comprende entre 0 y 4 años de edad.

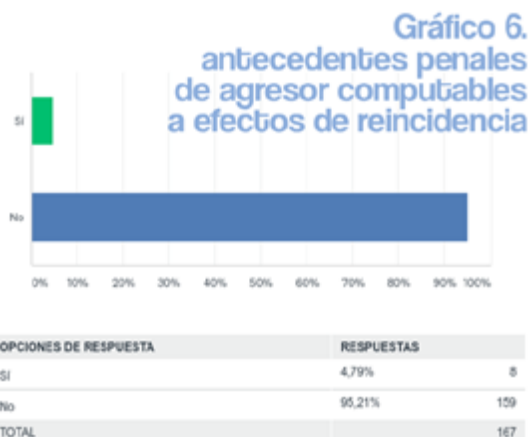
#### 4. La edad de los agresores



Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

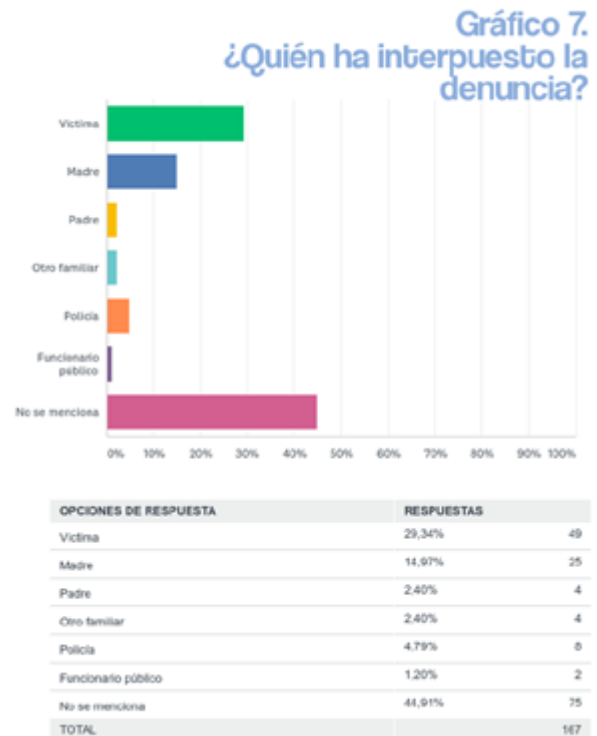
En el caso opuesto, la mayoría de agresores tienen la mayoría de edad (95,81%; en 160 sentencias) frente a sólo 7 (4,19%) en las cuales es menor de edad. Entre los que son mayores de edad, las edades comprenden los 19 a 29 años (15,57%; 26 sentencias), los 30 a 39 años (15,57%; 26 sentencias) y 40 a 49 años (14,37%; 24 sentencias). En menor medida, de entre 50 y 59 años (8,98%; 15 sentencias) y de 60 a 69 años (7,19%; 12 sentencias).

#### 5. Antecedentes penales



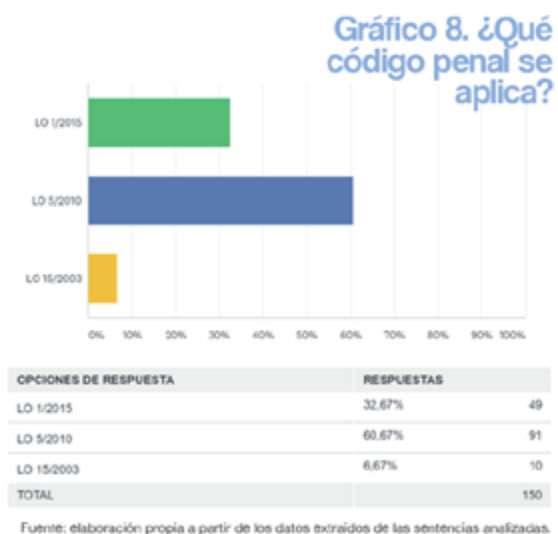
En un 95,21% (167 sentencias) el agresor no tiene antecedentes penales computables a efectos de reincidencia; sólo sí los tiene en un 4,79% de los casos (esto es, 8 sentencias).

#### 6. Inperposición de denuncia



Denuncia cerca de un 30% la propia víctima, seguido de la madre de ésta. Ahora bien, pese a la voluntad de determinar quién tiene la iniciativa de iniciar el procedimiento, en el 44,91% de las sentencias (75) no se menciona nada.

#### 7. El código penal aplicado

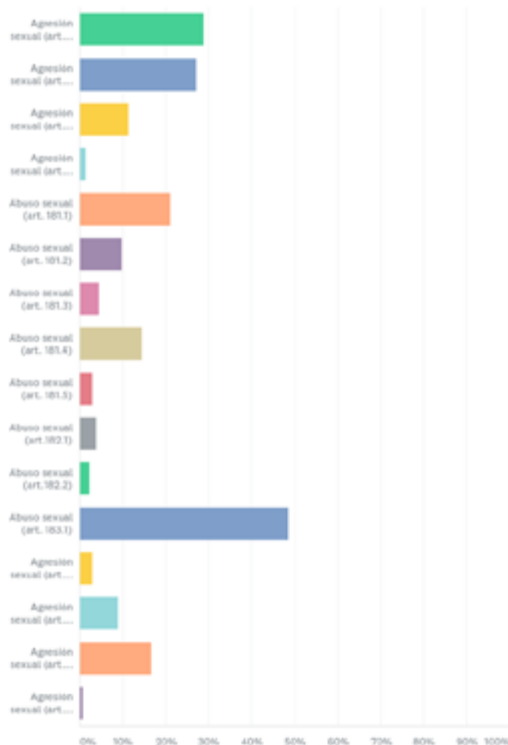


Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En su mayoría (60,67%) resulta de aplicación la LO 5/2010, la penúltima reforma de la Ley del Código Penal antes de la reforma acaecida en 2015.

## 8. La calificación penal de los hechos por parte del/de la Ministerio Fiscal

Gráfico 9.  
calificación penal de los hechos por parte del/de la Ministerio Fiscal

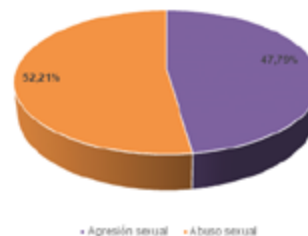


OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Agresión sexual (art. 178)	28,79% 36
Agresión sexual (art. 179)	27,27% 36
Agresión sexual (art. 180.1)	11,36% 15
Agresión sexual (art. 180.2)	1,52% 2
Abuso sexual (art. 181.1)	21,21% 28
Abuso sexual (art. 181.2)	9,85% 13
Abuso sexual (art. 181.3)	4,55% 6
Abuso sexual (art. 181.4)	14,39% 19
Abuso sexual (art. 181.5)	3,03% 4
Abuso sexual (art. 182.1)	3,79% 5
Abuso sexual (art. 182.2)	2,27% 3
Abuso sexual (art. 183.1)	48,48% 64
Agresión sexual (art. 183.2)	3,03% 4
Agresión sexual (art. 183.3)	9,09% 12
Agresión sexual (art. 183.4)	16,67% 22
Agresión sexual (art. 183.5)	0,76% 1
Total de encuestados:	132

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En un significativo 28,79% (38 casos) los hechos han sido calificados de agresión sexual del art. 178 CP, seguido por un 27,27% (36 casos) donde los hechos han sido calificados como agresión sexual del art. 179 CP, seguido por un 21,21% (28 casos) calificados como abuso sexual del art. 181.1 CP. En un 16,67% (22 casos) calificados como agresión sexual del art. 183.4 CP y un 14,39% (19 casos) de abuso sexual del art. 181.4 CP. Por último, es destacable el 11,36% (15 casos) en los que se cualifica como agresión sexual del art. 180.1 CP.

Gráfico 10.  
Calificación penal de los hechos por parte del/de la Ministerio Fiscal según se califique como agresión o abuso sexual.

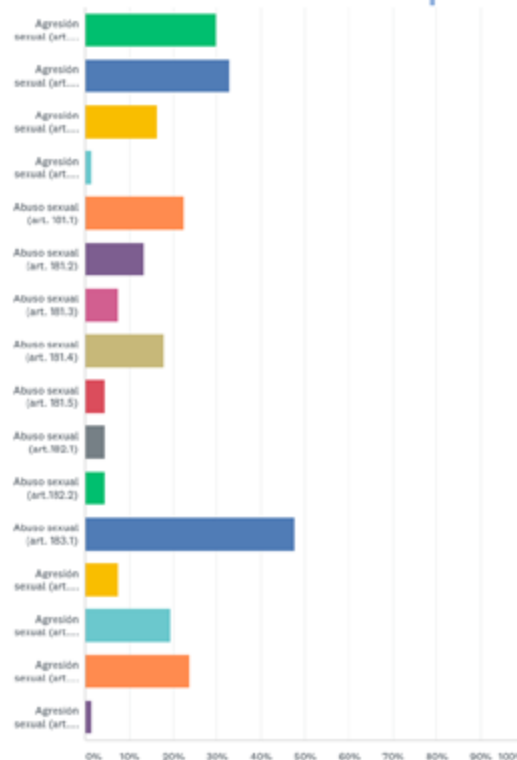


Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En un 47,79% de los casos los hechos han sido calificados de agresión sexual y en un 52,21% de los casos como abuso sexual.

## 9. La calificación penal de los hechos por parte de la acusación particular

Gráfico 11.  
calificación de los hechos por parte de la acusación particular



En un 47,76% (32 casos) se han calificado los hechos como abuso sexual del art. 183.1 CP, seguido por un 32,84% (22 casos) donde se han calificado los hechos como agresión sexual del art. 179 CP; el siguiente porcentaje más elevado corresponde a la calificación de los hechos como agresión sexual del art. 178 CP con un 19,85% (20 casos), un 23,88% (16 casos) de agresión

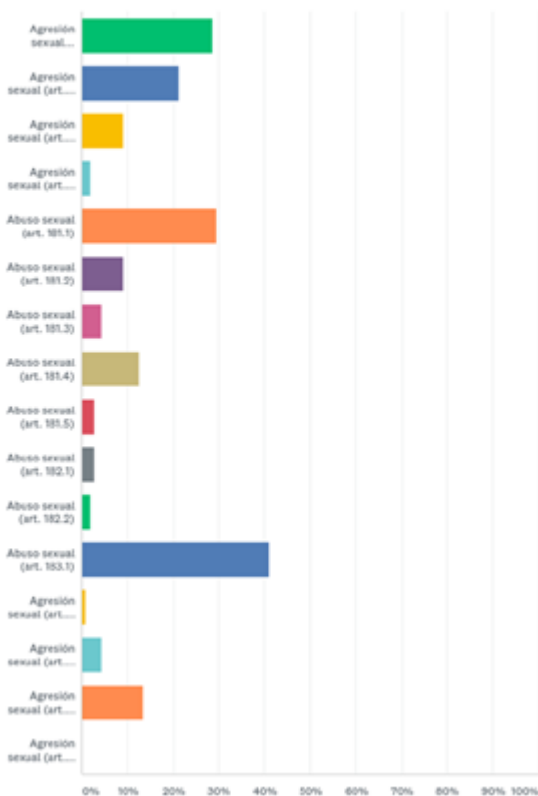
sexual del art. 183.3 CP y un 22,39% (15 casos) de abuso sexual del art. 181.1 CP. El siguiente porcentaje aún elevado se corresponde con el 19,40% (13 casos) de la calificación como agresión sexual del art. 183.3 CP y el 17,91% (12 casos) de abuso sexual del art. 181.4 CP.

OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	
Agresión sexual (art. 178)	29,85%	20
Agresión sexual (art. 179)	32,54%	22
Agresión sexual (art. 180.1)	16,42%	11
Agresión sexual (art. 180.2)	1,49%	1
Abuso sexual (art. 181.1)	22,39%	15
Abuso sexual (art. 181.2)	13,43%	9
Abuso sexual (art. 181.3)	7,48%	5
Abuso sexual (art. 181.4)	17,91%	12
Abuso sexual (art. 181.5)	4,48%	3
Abuso sexual (art. 182.1)	4,48%	3
Abuso sexual (art. 182.2)	4,48%	3
Abuso sexual (art. 183.1)	47,76%	32
Agresión sexual (art. 183.2)	7,48%	5
Agresión sexual (art. 183.3)	19,40%	13
Agresión sexual (art. 183.4)	23,88%	16
Agresión sexual (art. 183.5)	1,49%	1
Total de encuestados: 67		

La calificación de los hechos por parte de la acusación particular es de algún tipo de agresión sexual en el 52,05% de los casos y de algún tipo de abuso sexual en el 47,95% de los casos analizados. Se constata que el porcentaje en la calificación de agresiones sexuales aumenta en relación a la calificación por parte del/de la Ministerio Fiscal.

## 10. Calificación penal de los hechos en la sentencia

Gráfico 13.  
La calificación penal de los hechos en la sentencia



Finalmente, en las sentencias se ha calificado en un 41,07% (46 casos) los hechos como constitutivos de abuso sexual (art. 183.1 CP), seguido de un 29,46% (33 casos) de abuso sexual del art. 181.1 CP y un 28,57% (32 casos) de agresión sexual del art. 178 CP; un 21,43% de los hechos se han calificado como agresión sexual del art. 179 CP (24 casos).

OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	
Agresión sexual (art. 178)	28,57%	32
Agresión sexual (art. 179)	21,43%	24
Agresión sexual (art. 180.1)	8,93%	10
Agresión sexual (art. 180.2)	1,79%	2
Abuso sexual (art. 181.1)	29,46%	33
Abuso sexual (art. 181.2)	8,93%	10
Abuso sexual (art. 181.3)	4,46%	5
Abuso sexual (art. 181.4)	12,50%	14
Abuso sexual (art. 181.5)	2,68%	3
Abuso sexual (art. 182.1)	2,68%	3
Abuso sexual (art. 182.2)	1,79%	2
Abuso sexual (art. 183.1)	41,07%	46
Agresión sexual (art. 183.2)	0,89%	1
Agresión sexual (art. 183.3)	4,46%	5
Agresión sexual (art. 183.4)	13,39%	15
Agresión sexual (art. 183.5)	0,00%	0
Total de encuestados: 112		

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En el 56,59% de los casos los hechos son calificados en la sentencia como algún tipo de abuso sexual y en el 43,42% de los casos como agresión sexual. En comparativa entre las calificaciones de las acusaciones particulares y las sentencias acaba siendo de casi 10 puntos porcentuales tanto en agresiones sexuales como en abusos sexuales, rebajando los porcentajes de calificaciones de agresiones sexuales y aumentando los de abusos sexuales.

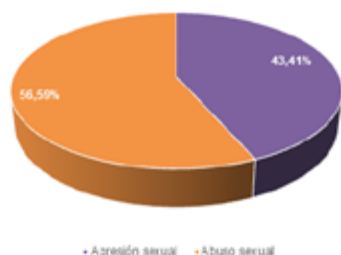
Tabla 13. Comparativa de la calificación penal de los hechos de agresiones según el/la Ministerio Fiscal, la Acusación Particular y la resolución de la sentencia

ARTÍCULOS AGRESIONES	MINISTERIO FISCAL	ACUSACIÓN PARTICULAR	SENTENCIA
178	29,79%	28,57%	28,57%
179	32,77%	21,43%	21,43%
180.1	11,36%	16,42%	8,93%
180.2	1,52%	1,49%	1,79%
183.2	3,03%	7,46%	0,89%
183.3	9,09%	19,40%	4,46%
183.4	16,67%	23,88%	13,39%
183.5	0,76%	1,49%	0%

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En cuanto a la calificación de agresión que hacen las Acusaciones Particulares y el Ministerio Fiscal en sus diferentes tipos, las condenas en los tribunales son significativamente inferiores llamando la atención esta rebaja sobre todo en lo que respecta a las denuncias de agresiones sexuales a menores víctimas.

**Gráfico 14.**  
La calificación penal de los hechos en la sentencia según se califique como agresión o abuso sexual



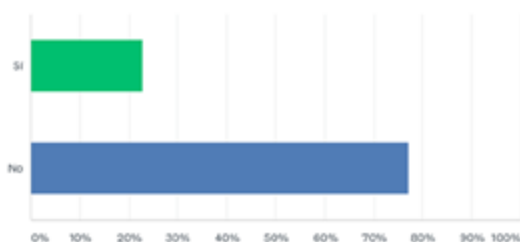
Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

### 11. Delitos continuados y delitos vinculados

En la mayoría de los casos no se presentaba delito continuado (77,25%) frente a un casi 23% que sí (se traduce en 129 casos frente a 38).

Sólo en un 19,16% de los casos (32) existía vinculación con otros delitos.

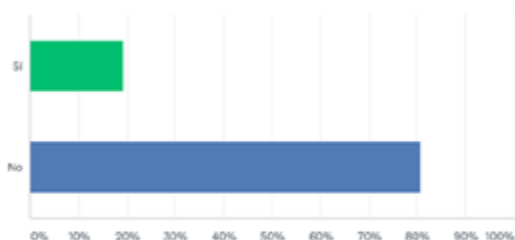
**Gráfico 15.**  
¿Delito continuado?



OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	Casos
Sí	22,75%	38
No	77,25%	129
TOTAL		167

### 12. Agravantes de la agresión sexual

**Gráfico 16.**  
¿Se vincula con otros delitos?

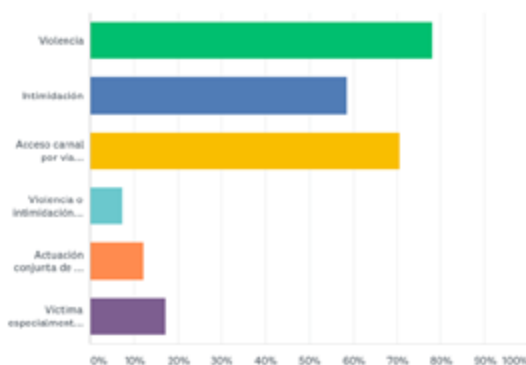


OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	Casos
Sí	19,16%	32
No	80,84%	135
TOTAL		167

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Debe tenerse en cuenta que el porcentaje total de las diversas opciones de respuesta no son sobre 100 ya que puede aplicarse a un mismo caso más de una opción de respuesta. Se sucede con violencia (78,05%, 32 casos) e intimidación (58,54%, 24 casos), pero es destacable el 70,73% (29 casos) en los que se produce acceso carnal por vía vaginal, bucal, anal o introducción de miembros corporales u objetos.

**Gráfico 17.**  
Agresión sexual con...

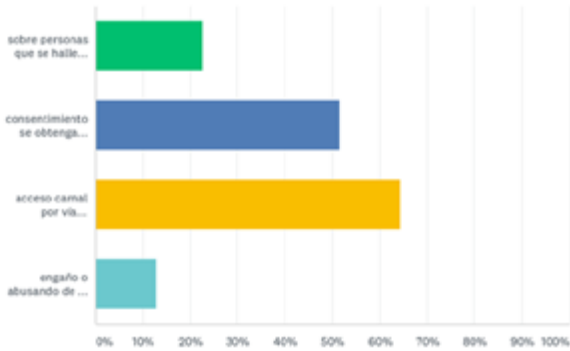


OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	Casos
Violencia	78,05%	32
Intimidación	58,54%	24
Acceso carnal por vía vaginal, bucal, anal o introducción de miembros corporales u objetos	70,73%	29
Violencia o intimidación ejercidas con un carácter particularmente degradante o vejatorio	7,32%	3
Actuación conjunta de dos o más personas	12,20%	0
Victima especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad	17,07%	7
TOTAL de encuestados:		41

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

### 13. Agravantes del abuso sexual

Gráfico 18. Abuso sexual con...



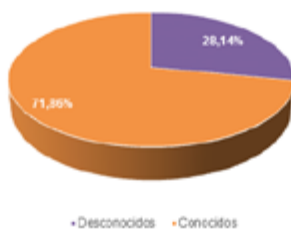
OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, así como los que se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.	22,56% 7
consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima	51,61% 16
acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías	64,52% 20
engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho	12,90% 4
Total de encuestados: 31	

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Debe tenerse en cuenta que el porcentaje total de las diversas opciones de respuesta no son sobre 100 ya que puede aplicarse a un mismo caso más de una opción de respuesta. En 20 de los casos (64,52%) se produce acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, seguido por un 51,61% (16 casos) en los cuales se expone que el consentimiento se ha obtenido prevaleciendo de una situación de superioridad manifiesta que ha coartado la libertad de la víctima.

Gráfico 19. La relación entre el agresor y la víctima según sea desconocido o conocido

Relación entre agresor y víctima



Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

### 14. Relación entre agresor y víctima

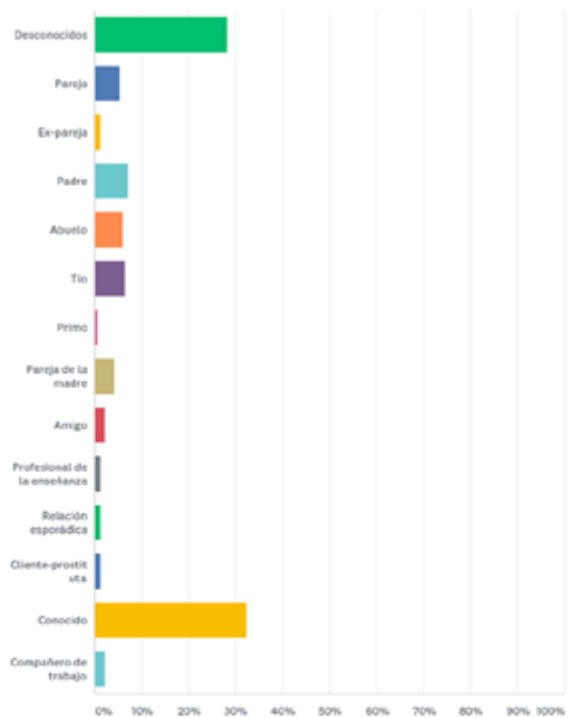
OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Desconocidos	28,14% 47
Conocidos	71,86% 120
TOTAL	167

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En el 71,86% (120 casos) de los casos el agresor es un conocido por la víctima y en el 28,14% de los casos el agresor es un desconocido.

Estos datos sustentan la afirmación conocida conforme a la cual las violencias sexuales se producen mayoritariamente por agresores conocidos por la víctima y no por personas ajenas a su entorno. El siguiente por-

Gráfico 20. La relación entre el agresor y la víctima según especificando las categorías de "conocido"

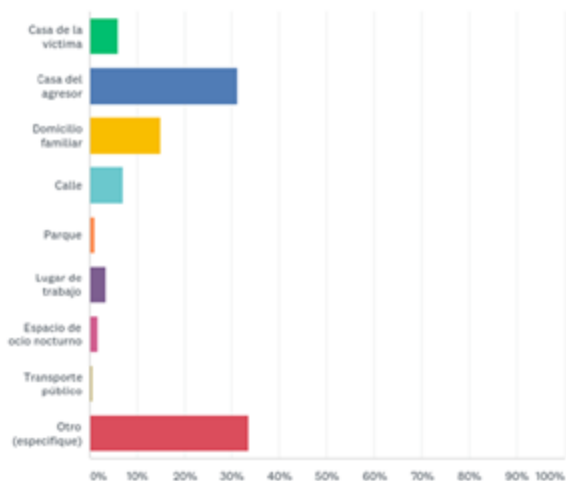


OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Desconocidos	28,14% 47
Pareja	5,39% 9
Ex-pareja	1,20% 2
Padre	7,19% 12
Abuelo	5,99% 10
Tío	6,59% 11
Primo	0,60% 1
Pareja de la madre	4,19% 7
Amigo	2,40% 4
Profesional de la enseñanza	1,20% 2
Relación esporádica	1,20% 2
Ciente-prostituta	1,20% 2
Conocido	32,34% 54
Compañero de trabajo	2,40% 4
TOTAL	167

centaje destacable es el que se produce por el padre (7,19%, 12 casos) y el tío (6,59%; 11 casos).

### 15. Lugar de los hechos.

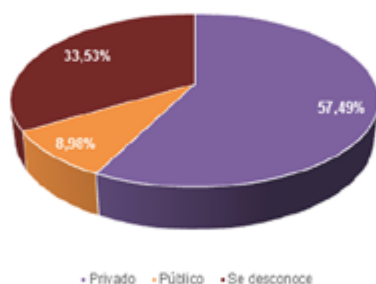
Gráfico 21.  
¿Dónde se produjo el hecho?



OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	CANTIDAD
Casa de la víctima	5,99%	10
Casa del agresor	31,14%	52
Domicilio familiar	14,97%	25
Calle	7,19%	12
Parque	1,20%	2
Lugar de trabajo	3,59%	6
Espacio de ocio nocturno	1,80%	3
Transporte público	0,60%	1
Otro (especifique)	33,53%	56
TOTAL		167

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Gráfico 22.  
Lugar de los hechos:  
¿público o privado?

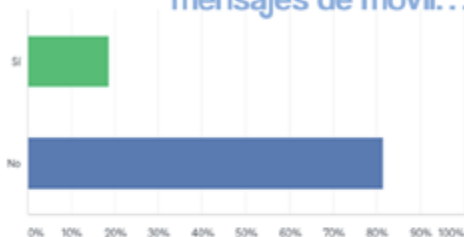


Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

En un 31,14% (52 casos) se produce en casa del agresor (casa del agresor no significa casa de la víctima ni de la pareja), frente a un 14,97% (25 casos en el domicilio familiar). Sólo en 12 casos (7,19%) se produce en la calle.

### 16. Los agravantes y los atenuantes

Gráfico 23. ¿Existen pruebas escritas (fotografías, correos electrónicos, mensajes de móvil...)?



OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	CANTIDAD
Si	18,56%	31
No	81,44%	136
TOTAL		167

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

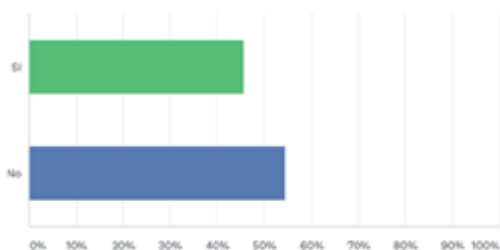
Sólo en 8 del total de los casos (4,82%) se aplican agravantes.

En 30 de los casos (17,96%) se aplican atenuantes, las cuales son la dilación indebida del procedimiento (48,39%; 15 casos), la reparación del daño ocasionado a la víctima (38,71%; 12 casos) y la atenuante análoga (32,26%; 10 casos).

En 10 casos (6,94%) se aplica la circunstancia de parentesco y siempre como agravante.

### 17. Las pruebas

Gráfico 24. ¿Existen partes médicos?



OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS	CANTIDAD
Si	45,51%	76
No	54,49%	91
TOTAL		167

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

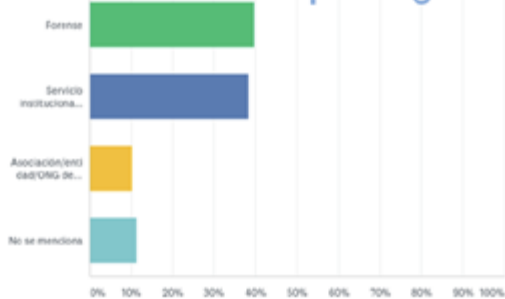
En el 18,56% de los casos (31 casos) existen pruebas escritas (fotografías, correos electrónicos, mensajes de móvil, entre otras) y en el 81,44% (136) de los casos no.

En un 45,51% (76 casos) de los casos existen partes médicos que acrediten y certifiquen la agresión sexual

y en el 54,49% (91 casos) de los casos no.

En 31 de los casos (39,74%) las pruebas psicológi-

**Gráfico 25. ¿Quién hace las pruebas psicológicas?**



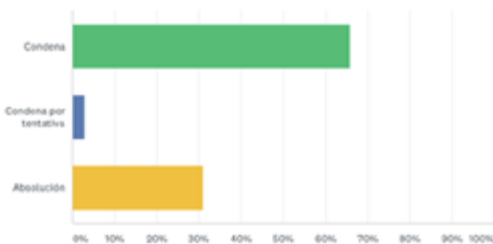
OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Forense	39,74% 31
Servicio institucional especializado	38,46% 30
Asociación/entidad/ONG de violencia de género	10,26% 8
No se menciona	11,54% 9
<b>TOTAL</b>	<b>79</b>

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

cas están hechas por un forense, frente a 30 casos (38,46%) en los cuales las hace el servicio institucional especializado. Sólo en 8 casos se ha realizado por una asociación, entidad u ONG que trabaja en atención a las violencias de género.

## 17. Las pruebas de testigos

**Gráfico 26. Resolución de la sentencia**



OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Condena	65,87% 110
Condena por tentativa	2,99% 5
Absolución	31,14% 52
<b>TOTAL</b>	<b>167</b>

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

Sólo en 46 de los casos existen pruebas de testigos (esto es, un 27,54%). De éstos, en 31 de los casos se trata de pruebas escritas tales como fotografías, correos electrónicos o mensajes de móvil.

**Gráfico 27. Los años de condena**



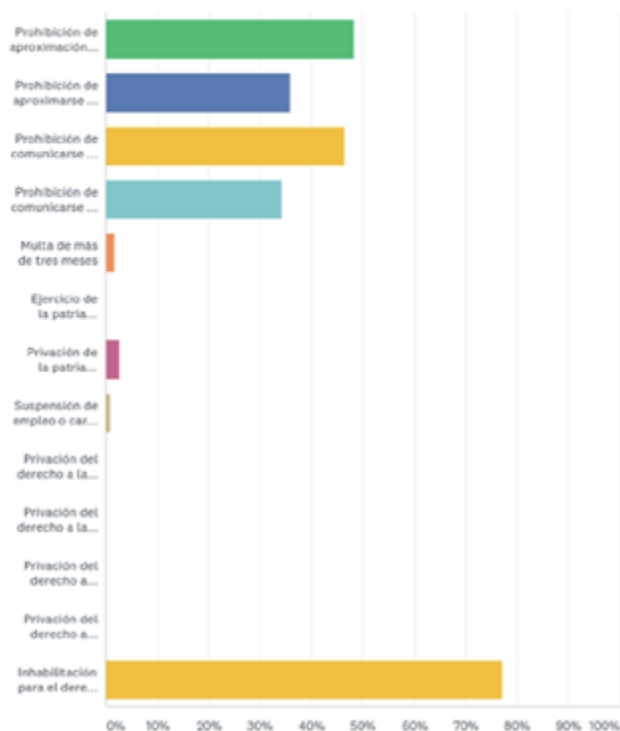
OPCIONES DE RESPUESTA	RESPUESTAS
Menos de 1 año	13,91% 16
1 año	14,78% 17
2 años	20,00% 23
3 años	6,96% 8
4 años	13,04% 15
5 años	6,96% 8
6 años	4,35% 5
7 años	4,35% 5
8 años	0,00% 0
9 años	3,48% 4
10 años	1,74% 2
11 años	0,87% 1
12 años	6,09% 7
13 años	0,00% 0
14 años	2,61% 3
15 años	0,00% 0
16 años	0,00% 0
17 años	0,00% 0
18 años	0,00% 0
19 años	0,00% 0
20 años	0,00% 0
Más de 20 años	0,87% 1
<b>TOTAL</b>	<b>100% 115</b>

Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

## 18. La resolución de la sentencia

En 110 casos (65,87%) se produce condena, frente a un 31,14% (52 casos) de absolución. En 5 casos (2,99% se ha condenado por tentativa).

Gráfico 28.  
Las penas accesorias

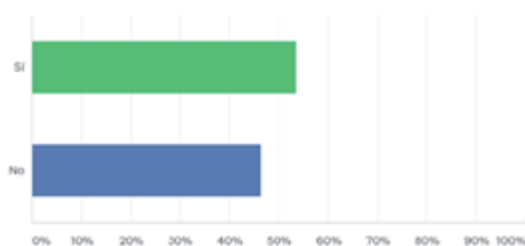


Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

16 de las condenas son por menos de 1 año (13,91%), 17 por 1 año (14,78%), 23 condenas son por 2 años (20%) y 15 casos por 4 años (13,04%). Sólo 1 condena es por más de 20 años (0,87%).

Son 5 las penas accesorias que se imponen en su mayoría: prohibición de aproximación a la víctima por tiempo de 6 meses a 5 años; prohibición de aproximación a la víctima por más de 5 años; prohibición de comunicarse con la víctima por tiempo de 6 meses a 5 años y por tiempo superior a 5 años. Por último, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

Gráfico 29. ¿Se indemniza a la víctima?

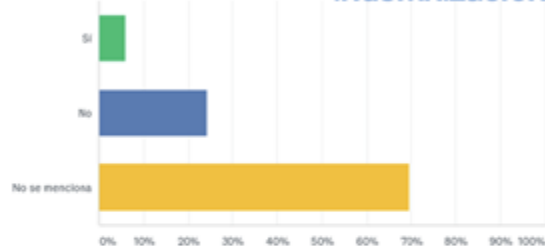


Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.

## 19. Las indemnizaciones

En un 53,61% de los casos (89 casos) se indemniza a la víctima y en un 43,39% (77 casos) no se indemniza. En un 6,06% de los casos (6 casos) la víctima renuncia a obtener la indemnización por parte de su7s agresor/es, en un 24,24% (24 casos) de los casos no renuncia y en la mayoría de casos (69,70%) se desconoce el dato.

Gráfico 30. ¿La víctima renuncia a la indemnización?



Fuente: elaboración propia a partir de los datos extraídos de las sentencias analizadas.



## Conclusiones

### I. Marco jurídico de las violencias sexuales en el estado español

#### 20. Los derechos humanos de las mujeres ante las violencias sexuales y la obligación de debida diligencia del estado

Las diversas formas de violencias hacia las mujeres por razones de género, entre ellas las violencias sexuales, son fenómenos muy graves que afectan al núcleo de los derechos humanos. Las violencias sexuales afectan principalmente a las mujeres y niñas y constituyen una forma grave de la violencia basada en el género, una manifestación de la discriminación contra las mujeres.

Tal como ha señalado el Comité CEDAW en su Recomendación General No. 35 (2017), el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia está unido a otros derechos humanos: los derechos a la vida, la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad, la igual protección en el seno de la familia, la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (en particular, algunas formas de violencia sexual han sido consideradas formas de tortura u otros crímenes, también de carácter internacional) y la libertad de expresión, de circulación, de participación, de reunión y de asociación.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado español ha ratificado una serie de tratados internacionales -instrumentos internacionales vinculantes- que recogen disposiciones que de manera específica o general se aplican a las diversas formas de violencias sexuales contra las mujeres. La interpretación de estos instrumentos se complementa con la jurisprudencia, la interpretación doctrinaria y varias declaraciones internacionales que, aunque no son directamente vinculantes, abordan las mismas materias y permiten interpretar adecuadamente los tratados y las convenciones.

Al convertirse en parte de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen obligaciones legales, incluyendo la protección de las personas en su territorio o jurisdicción ante las violaciones de derechos humanos. Estas obligaciones son, tradicionalmente, las obligaciones de respetar los derechos humanos, las cuales requieren que los Estados y sus agentes -ya sea el poder ejecutivo, el legislativo o el judicial- se abstengan de violar los derechos humanos y que no ejerzan actos que constituyan violencias sexuales. Por otra parte, las obligaciones de garantizar los derechos humanos significan que los Estados también

deben tomar medidas ante los actos cometidos por agentes privados (no estatales). Esto es, los Estados deben tomar, con debida diligencia, las medidas apropiadas -legislativas o administrativas- para prevenir, investigar, juzgar y sancionar los actos cometidos por agentes no estatales (individuos o grupos) que violen los derechos humanos de las personas en el territorio del Estado y proporcionar reparación a las víctimas.

La obligación del Estado de actuar con la debida diligencia respecto a la violencia por razones de género contra las mujeres, incluyendo las violencias sexuales, ha sido abordada y reconocida por diversos instrumentos y organismos internacionales. Así, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW) adoptada en 1993 manifestó que todos los Estados miembros de la ONU tienen la obligación de “aplicar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la violencia contra las mujeres”, incluyendo “la debida diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetuados por el Estado o por particulares”. De manera similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) afirmó ya en 1989 que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para prevenir violaciones de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia [contra las mujeres] y para indemnizar a las víctimas” y ha desarrollado el contenido de esta obligación en sus Recomendaciones Generales No. 19 (1992) y 35 (2017), como se verá más adelante.

Las convenciones internacionales de derechos humanos, tanto a escala universal como regional, es decir, tanto de Naciones Unidas como a nivel europeo, contienen disposiciones que garantizan los derechos fundamentales de las personas, muchos de los cuales se ven afectados por diversas formas de violencia, incluyendo las de carácter sexual. Tales tratados internacionales de carácter general son ampliamente utilizados, y sus disposiciones, por ejemplo, relativas al derecho a la vida, la libertad y la integridad física y psíquica, el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, etc., son invocadas a fin de afirmar que los Estados deben tomar medidas para responder ante las diversas manifestaciones de la violencia por razones de género contra las mujeres.

A nivel europeo, uno de los principales instrumentos generales de derechos humanos es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La gran mayoría de casos de violencia contra las mujeres por razones de

género que se han presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se basan en problemas en el área de acceso a la justicia, las obligaciones procesales y positivas derivadas de la artículo 2 (derecho a la vida), el artículo 3 (prohibición de la tortura), el artículo 4 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado) y el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio (Consejo de Europa, 2015: 6-7). Esto se debe a que efectivamente, la prohibición de la violencia sexual por el derecho internacional de los derechos humanos se ha abordado inicialmente a partir de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los dos principales tratados internacionales (vinculantes), ratificados por el Estado español y, que por tanto, integran nuestro ordenamiento jurídico y que abordan las violencias hacia las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos son los siguientes: En primer lugar, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que pertenece al sistema universal de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. En segundo lugar, el tratado internacional específico que aborda las violencias hacia las mujeres en el ámbito europeo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

## CEDAW

Según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979, los Estados miembros tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las mujeres de todas las edades, incluyendo las niñas. La CEDAW define la discriminación de la siguiente manera:

La CEDAW, sin embargo, no menciona en su articulado explícitamente la violencia hacia las mujeres. Sólo mediante la Recomendación general No. 19 (RG 19), en 1992, el Comité CEDAW señaló que la violencia basada en el género era una forma de discriminación contra las mujeres y, por tanto, se incluía en la Convención.

El Comité CEDAW, en la RG 19, definió la violencia contra las mujeres como aquella violencia dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres o que les afecta de manera desproporcionada, que incluya actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, las amenazas de tales actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad.

La RG 19 desarrolló por primera vez la obligación de “diligencia debida” de los Estados, por la cual los Estados no sólo son responsables de los actos de los agentes del Estado (policía, juezas y jueces, funcionarios públicos, etc.), sino que también pueden ser responsables de los actos cometidos por actores privados si no actúan con la debida diligencia para prevenir, investi-

gar y castigar los actos de violencia hacia las mujeres y proporcionar una compensación a las víctimas.

La formulación de la RG 19 de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos ha tenido una gran influencia en otros instrumentos internacionales, como, por ejemplo, en la Declaración y programa de acción de Viena (1993) o en la redacción de la versión final de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (DEVAW, 1993). En particular, la referencia a la “diligencia debida” en relación con la violencia contra las mujeres ha sido incorporada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la DEVAW (1993), la Convención Interamericana de 1994 sobre la Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer o el Convenio del Consejo de Europa de 2011 para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y violencia doméstica (Convenio de Estambul).

En 2017 el comité actualizó la RG 19 mediante la Recomendación general No. 35, que actualmente es el instrumento que aborda de manera más completa las obligaciones de los estados ante las violencias por razones de género contra las mujeres desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Algunos aspectos relevantes de las recomendaciones formuladas por el Comité CEDAW en Estados en relación con el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias sexuales son: a) Debida diligencia del Estado; b) los estereotipos de género y c) sensibilización y formación de profesionales.

### a) Debida diligencia del Estado

En relación con el estándar de la debida diligencia, el Comité indica que es un estándar alto y que los Estados partes, por una parte, deben proporcionar un marco jurídico adecuado que combine las sanciones penales, civiles y de protección (incluyendo las órdenes de alejamiento y detención de personas que amenazan la violencia) y, por otro, que esta protección formal debe ser una protección “real” en la práctica. Cuando las mujeres hayan sido identificadas como víctimas de una situación de violencia, requiere que el funcionariado del Estado se adhiera a la obligación de debida diligencia del Estado.

El Comité considera que es necesaria una legislación específica para hacer frente a todas las formas de VMG, incluyendo las leyes específicas sobre la violencia doméstica o en el ámbito de la pareja o la familia, el acoso sexual (en los lugares de trabajo y las escuelas), la violación marital, el incesto, la MGF, el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual y el matrimonio forzado.

La legislación debe proporcionar una protección efectiva a la mujer, aspecto que incluye las órdenes de protección o alejamiento, y le debe permitir el acceso a la

asistencia jurídica. Asimismo, considera que se debe posibilitar la obtención de órdenes de protección o alejamiento contra los autores después de que hayan sido liberados de la custodia (por ejemplo, cuando salen de la cárcel una vez acabada la condena) para evitar la repetición de la victimización de las mujeres.

Y también señaló que se han de ofrecer medidas de apoyo suficientes a las víctimas de la violencia, en particular, en el ámbito doméstico, tales como refugios y apoyo jurídico, médico, psicológico y de rehabilitación, así como centros de atención de crisis en casos de violencias sexuales.

En este sentido, hay que recordar que la financiación y la supervisión adecuadas son esenciales para la prestación de estos servicios, para el funcionamiento correcto de las estrategias estatales y de los procesos legales.

El Comité ha rechazado las formas informales de solución de controversias y procedimientos de mediación que favorecen la reconciliación en situaciones de violencia contra las mujeres, como, por ejemplo, en la familia. En cualquier caso, la rehabilitación o los programas terapéuticos para los delincuentes sí pueden ser considerados.

Con todo ello, el Comité subraya la necesidad de estrategias coordinadas, multisectoriales y con múltiples actores -en particular, ONGs- para prevenir y abordar la VMG de manera integral, sistemática y sostenida.

Finalmente, otro aspecto que menciona es el relativo a la necesidad de recopilar datos para evaluar y comprender mejor la prevalencia de determinados tipos de violencia, para crear conciencia social y para establecer y poder aplicar adecuadamente políticas y programas. Los Estados deben recopilar datos estadísticos completos sobre las diversas formas de VMG: violencias sexuales desglosadas por sexo, origen étnico, edad, relación entre la víctima y los autores, número de denuncias, juicios y condenas y penas impuestas a los autores.

## b) Estereotipos de género

En el ámbito de las violencias sexuales, los estereotipos de género se construyen a partir de valoraciones sociales y culturales que determinan qué es una conducta sexual apropiada para los hombres y las mujeres. Estos estereotipos, por estar impregnados socialmente, a menudo afectan a operadoras/es jurídicas/os, funcionarias/os y otras/os profesionales, al personal que está en contacto con mujeres que han sufrido violencias sexuales y, incluso, las mismas mujeres que las han sufrido.

Por otra parte, el Comité reconoce que la educación y los medios de comunicación son instrumentos que ayudan a eliminar los prejuicios que dificultan la igualdad de las mujeres y permiten cambiar actitudes. Por

ello recomienda campañas de sensibilización conjuntas entre la sociedad civil y los medios de comunicación.

El Comité recomienda la formación obligatoria en estereotipos de género de juezas y jueces y personal de la Administración, a fin de asegurar, especialmente, que los juicios por violencia sexual sean justos y no se vean afectados por prejuicios y estereotipos sobre el género, la edad o la discapacidad de la víctima.

Toda investigación debe ser imparcial, seria e integral, y debe permitir establecer la responsabilidad del autor (ya sea a través de un proceso penal, administrativo o disciplinario) y la responsabilidad de los agentes del Estado, en caso de que el debido proceso no haya sido garantizado (ONU, 2013). Por ello, se considera que no hay investigación o juicio imparcial cuando existen prejuicios o nociones estereotipadas respecto de las actitudes y las características de las víctimas o las personas acusadas. Algunos ejemplos de aplicación injustificada de los estereotipos de género en la Administración de Justicia en casos de violencia sexual y de género son:

- La aplicación y la implementación de reglas inflexibles sobre lo que constituye violencia doméstica o violencia de género o sobre el hecho de cómo las mujeres y las niñas deben comportarse ante estas violencias (por ejemplo, que se han de resistir con todas sus fuerzas, que deben denunciar inmediatamente, etc.).
- La determinación de la credibilidad de la víctima sobre la base de las ideas preconcebidas sobre el hecho de cómo debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después del acto, dadas las circunstancias, el carácter y la personalidad (es decir, si la mujer ha bebido, ha tomado drogas, ha ido voluntariamente a casa de un hombre, si es una mujer que ha tenido relaciones ocasionales con otros hombres, etc.).
- La suposición tácita de responsabilidad de la víctima sobre los hechos, ya sea por la forma de vestir, el empleo, la conducta sexual, la relación o el parentesco con el agresor (CIDH, 2007).
- El uso de estereotipos sobre las sexualidades masculina y femenina, de la víctima o el perpetrador<sup>95</sup> (como el hecho de asumir que son las mujeres las que tienen que poner límites a la violencia sexual masculina, que no han de “provocar” -los, etc.).
- La falta de atención a los testimonios de las niñas.
- La injerencia en la vida privada de las mujeres cuando su vida sexual se tiene en cuenta al considerar el alcance de sus derechos y su protección<sup>96</sup> (como cuando se averigua en un juicio o en la investigación la conducta sexual previa de la mujer, sus relaciones sexuales o afectivas previas, etc.).

<sup>95</sup> CEDAW, *Vertido v Filipinas*, 2010, párrafo 8.6.

<sup>96</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general No. 28 (2000), párrafo 20.

### c) Sensibilización y formación de profesionales

En relación con la sensibilización y la formación de profesionales, el Comité recomienda varias medidas para promover el acceso de las mujeres a la justicia, como, organismos y tribunales especializados en las víctimas, unidades de delitos sexuales dentro de los organismos policiales y de fiscales y el aumento del número de mujeres en puestos judiciales y de aplicación de la ley.

Las y los operadoras/es jurídicos que participen en la investigación y la persecución criminal de casos de VMG, incluyendo cuerpos policiales, fiscales y jueces/zas, deben estar provistos de un entrenamiento regular en la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los actos de VMG y, en particular, cuando ocurre en la esfera doméstica o en relación con la violencia sexual. En este sentido, el Comité también señala que es necesaria una formación adecuada y regular sobre la CEDAW, la RG 19 del Comité, y su protocolo facultativo, garantizando que las denuncias relativas a la violencia basada en el género se reciben y se consideran de manera adecuada, a fin de evitar la revictimización de las mujeres.

Estas recomendaciones generales también se han hecho de manera específica en España en las recientes observaciones finales del Comité, en 2015, donde se recomienda al Estado que se haga formación obligatoria a jueces/zas, fiscales, cuerpos policiales y otras autoridades sobre la Convención, el protocolo facultativo y la aplicación estricta de las normas penales sobre VMG, así como en procedimientos sensibles al género para entrevistar y tratar mujeres víctimas de violencia.

La RG 35 concentra en una sola Recomendación General, los avances que el Comité ha hecho en materia de VMG en los 25 años desde la adopción de la RG 19. Dentro de los aspectos generales que desarrolla la RG 35 se encuentra el que la violencia contra las mujeres por razones de género, incluidas las violencias sexuales, debe ser comprendida como problema social más que individual, que exige respuestas integrales.

La RG 35 clarifica las obligaciones de los Estados en materia de violencias contra las mujeres por razones de género, estableciendo que:

- Los Estados partes tienen responsabilidad por actos y omisiones de agentes del Estado o de particulares. Los agentes del Estado, pueden ser del poder ejecutivo, legislativo y judicial, a nivel estatal, regional/autonómico, municipal/local. Los actos de agentes privados que ejercen atribuciones del poder público, entre ellos los organismos privados que prestan servicios públicos, como la atención de la salud o la educación, o gestionan el funcionamiento de centros de detención, se consideran actos atribuibles al propio Estado.
- El estado tiene obligación de prevenir, investigar, enjuiciar, sancionar a los responsables y reparar a

las víctimas/supervivientes de VMG causada por agentes estatales o particulares.

- Con respecto a violencia contra las mujeres por razones de género cometida por particulares, los Estados tienen la obligación de actuar con diligencia debida, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado (esto es, funcionarios/as convencidos de la importancia y gravedad de la VMG y la importancia de su actuación). El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas/supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de VMG (por lo que debe existir un sistema para sancionar las intervenciones inadecuadas o negligentes).

Las recomendaciones específicas que señala el Comité en la RG 35 se dividen en los siguientes ámbitos: a) medidas legislativas generales, b) prevención, c) protección, d) enjuiciamiento y castigo, e) reparaciones, y f) coordinación, vigilancia y recolección de datos. A continuación, se presentan los aspectos más destacables en relación con las violencias sexuales en cada uno de ellos:

#### a) Medidas legislativas generales

- Establecimiento de sanciones legales adecuadas (penales y civiles) ante todas las formas de VMG.
- Derogar normas discriminatorias o que alientan, facilitan, justifican o toleran cualquier forma de VMG, incluyendo (entre otras) las normas que penalicen a las mujeres que ejercen la prostitución. También las leyes que impidan o disuadan a las mujeres de denunciar la violencia, como las leyes de inmigración restrictivas
- Violencia sexual. Se debe garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.
- La prescripción de los delitos, en caso de que exista, debe dar prioridad a los intereses de las víctimas y supervivientes y tener en cuenta las circunstancias que obstaculizan su capacidad para denunciar la violencia sufrida (párr. 29 e)

## b) Prevención

- **Participación.** El diseño y aplicación de las medidas de prevención debe incluir la participación activa de organizaciones de mujeres, incluyendo grupos afectados por discriminación múltiple.
- **Educación.** La integración de contenidos sobre igualdad de género en los planes de estudios a todos los niveles de la enseñanza, tanto públicos como privados, garantizando una educación sexual integral para niñas y niños, apropiada en función de la edad, con bases empíricas y científicas.
- **Concienciación.** Entre otros, los programas y campañas de concienciación deben dismantelar la creencia generalizada sobre la culpabilización de las víctimas (que las mujeres son responsables de su propia seguridad y de la violencia que sufren). Los programas deben estar dirigidos a mujeres y hombres en todos los niveles de la sociedad; el personal docente, sanitario, de servicios sociales, policial y de justicia; líderes tradicionales y religiosos; y autores de cualquier forma de VMG (a fin de prevenir la reincidencia).
- **Espacio público.** Implementar (con la participación de la comunidad y grupos de mujeres) medidas eficaces para que los espacios públicos sean seguros y accesibles para todas las mujeres y las niñas.
- **Medios de comunicación.** Alentar a los medios de comunicación a que eliminen la discriminación contra la mujer, en particular la divulgación de una imagen perjudicial y estereotipada de las mujeres o de determinados grupos de mujeres.
- **Capacitación y formación.** Debe ser obligatoria, periódica y efectiva: para los miembros del poder judicial, abogados/as, policías, fiscales, personal médico forense, legisladores y profesionales de la salud, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva, especialmente en los servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y el VIH, y a todo el personal educativo, social y de bienestar, en particular el que trabaja con mujeres en las instituciones, tales como residencias, centros de asilo y prisiones. Contenidos mínimos: estereotipos de género, trauma y sus efectos, interseccionalidad, reducción de revictimización, normativa nacional e internacional sobre VMG.
- **Sector privado.** Se deben promover medidas a ser adoptadas por el sector privado, ej.: protocolos y procedimientos que hagan frente a todas las formas de VMG que puedan producirse en el lugar de trabajo o afecten a las trabajadoras.

## c) Protección

- **Oportunidad.** Las medidas de protección (incluyendo protección de su privacidad) deben ser disponibles para las mujeres antes, durante y después

de las acciones judiciales. No puede ser condición previa para la protección de las víctimas que tengan que iniciar acciones legales.

- **Evaluación inmediata de los riesgos,** para definir las medidas más adecuadas. Deben incluir sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte de los agresores.
- **Atención sanitaria.** Debe tener por objetivo la recuperación postraumática e incluir servicios oportunos y amplios de salud mental, sexual y reproductiva, en particular anticonceptivos de emergencia y la profilaxis contra el VIH posterior a la exposición.
- **Servicios especializados.** Por ejemplo, líneas telefónicas de asistencia que presten atención 24 horas al día y un número suficiente de centros de crisis seguros y adecuadamente equipados, centros de apoyo y de derivación de pacientes y centros de acogida adecuados para las mujeres, sus hijos y otros familiares, según las necesidades
- **Autonomía de las mujeres.** Todas las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas y supervivientes deben respetar y fortalecer su autonomía. (párr. 31 b)
- **Factores que incrementan el riesgo.** Deben implementarse iniciativas para controlar la disponibilidad y accesibilidad a armas y sustancias utilizadas para atacar a las mujeres
- **Información accesible sobre los recursos jurídicos y sociales disponibles para las víctimas y supervivientes,** incluidas las reparaciones. La información debe ofrecerse a todas las mujeres, en especial a las afectadas por las formas múltiples de discriminación, como aquellas con discapacidad, analfabetas o que tienen un conocimiento nulo o limitado de los idiomas oficiales de un país.

## d) Enjuiciamiento y castigo

- **No deberían imponerse tasas o costas judiciales a las víctimas y supervivientes**
- **Los casos de VMG no deben remitirse obligatoriamente a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias,** como la mediación y la conciliación.
- **Estereotipos de género.** Los órganos judiciales deben garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de VMG sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas. La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye VMG, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los de-

rechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención (párr. 26 c)

- Violencia y discriminación en los servicios. Los Estados partes también deben eliminar las prácticas institucionales y la conducta y el comportamiento de los funcionarios públicos que constituyan VMG, o que toleren dicha violencia, y que proporcionen un contexto para la falta de una respuesta o para una respuesta negligente. Esto incluye investigar de manera adecuada y sancionar la ineficiencia, la complacencia y la negligencia por parte de las autoridades públicas responsables del registro, la prevención o la investigación de esa violencia o que prestan servicios a las víctimas y supervivientes. (párr. 26 b)

### e) Reparaciones

- Proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de VMG.
- Establecer fondos específicos para reparaciones o incluir asignaciones en los presupuestos de los fondos existentes
- Reparaciones transformativas. Se deben diseñar programas de reparaciones que ayuden a abordar la discriminación subyacente que causó o contribuyó a la VMG, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales.
- Autonomía de las mujeres. En las reparaciones (también) debe darse prioridad a la capacidad de acción, los deseos, las decisiones, la seguridad, la dignidad y la integridad de las víctimas y supervivientes.

### f) Coordinación, vigilancia y recopilación de datos

- Participación de las organizaciones de mujeres en la elaboración y evaluación de las leyes, políticas y programas
- Fomentar colaboración entre el sistema de justicia y las organizaciones de la sociedad civil que trabajan para apoyar a las víctimas y supervivientes de VMG
- Información estadística debe incluir al menos: el número de denuncias de todas las formas de VMG, incluida la violencia ejercida mediante el uso de las tecnologías, el número y tipo de órdenes de protección dictadas, las tasas de desestimación y retiro de denuncias, tasas de enjuiciamiento y condenas, y la duración de los procesos judiciales. El sistema debería incluir información sobre la relación entre víctima o superviviente y el/los autores, factores de discriminación múltiple y variables sociodemográficas relevantes, las condenas impuestas a los autores y

las reparaciones, en particular las indemnizaciones, concedidas a las víctimas y supervivientes.

- Realizar o apoyar encuestas, programas de investigación y estudios sobre la VMG, teniendo en cuenta las formas interrelacionadas de discriminación
- Recursos humanos y financieros suficientes para cumplir con todas las obligaciones, en todos los niveles de actuación del Estado.

En las observaciones finales al informe de España (2015), el Comité CEDAW manifestó preocupación por el hecho de que la LO 1/2004 sólo cubre la violencia en el ámbito de la pareja y no las diversas violencias contra las mujeres por razones de género. Por esta razón recomendaba particularmente en España:

- Que revise la actual legislación en materia de violencia contra las mujeres para incluir otras formas de VMG, como la violencia cometida por cuidadores, violencia policial y violencia en los espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas.
- Que se haga formación obligatoria a juezas, jueces, fiscales, policías y otras autoridades sobre la Convención, el protocolo facultativo y la aplicación estricta de las normas penales sobre violencia hacia las mujeres, y en procedimientos sensibles al género para entrevistar y tratar mujeres víctimas de violencia.
- Que se adopten medidas adecuadas para prevenir y abordar la violencia hacia mujeres y niñas, y se asegure de que las mujeres y niñas que son víctimas de violencia tengan acceso a medios de reparación y protección inmediatos y que los perpetradores sean juzgados y castigados adecuadamente.
- Que promueva la denuncia de los incidentes de violencia doméstica y sexual, desestigmatizar las víctimas, sensibilizando a la policía y el sistema judicial y concienciando sobre la naturaleza criminal de estos actos.
- Que se ofrezca asistencia y protección adecuadas a las víctimas de violencia, con refugios suficientes, incluyendo las áreas rurales, y que incremente la cooperación del Estado con las organizaciones no gubernamentales que ofrecen refugio y asistencia a víctimas.
- Que recopile información estadística sobre las violencias doméstica y sexual, desagregada por sexo, edad, nacionalidad y relación entre víctima y perpetrador.

### El Convenio de Estambul

El Convenio de Estambul, aprobado el 7 de abril de 2011<sup>97</sup>, constituye el primer instrumento de carácter

<sup>97</sup> Ratificado por el Estado español en el abril de la 2014, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014.

vinculante en esta materia en Europa y es el tratado internacional más amplio en relación con las diversas formas de VMG. A diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio de Estambul señala expresamente en el artículo 3.f) que el término mujer incluye las niñas menores de dieciocho años.

La definición de violencia contra las mujeres del Convenio es amplia e incluye por primera vez, en el ámbito internacional, el daño económico -tal como lo hace la normativa catalana-. De esta manera es como define la violencia contra las mujeres: “todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluyendo las amenazas de realizar los actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada” (artículo 3 a).

Igualmente, también define la violencia doméstica, donde se incluyen las relaciones de pareja que no implican convivencia, como: “(...) todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima” (artículo 3 b).

El Convenio define explícitamente diferentes manifestaciones de la violencia por razones de género contra las mujeres que deben ser sancionadas por los Estados como delitos. Para efectos de este documento tienen una importancia particular: La violencia sexual y la violación (artículo 36); La asistencia o complicidad en la comisión de cualquiera de estos delitos (artículo 41).

Además de medidas estructurales, el Convenio incluye una lista exhaustiva de obligaciones para proteger a las mujeres de la VMG, apoyar a las víctimas y perseguir criminalmente a los perpetradores. Estas obligaciones incluyen:

- La introducción de las figuras penales ya mencionadas, que deben ser sancionadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias (artículo 45).
- Una respuesta inmediata ante la violencia (artículo 50), evaluación de riesgo (artículo 51) y la gestión de este riesgo en todas las fases de la investigación.
- Establecer órdenes urgentes de alejamiento (artículo 52) y órdenes de protección que se dicten sin audiencia de la otra parte y con efecto inmediato, si fuera necesario (artículo 53).
- Asegurar que las víctimas dispongan de acciones civiles adecuadas contra el autor del delito y de recursos civiles adecuados contra las autoridades estatales que hayan incumplido su deber de tomar medidas preventivas y de protección necesarias (artículo 29), así como de la potestad para exigir in-

demnización (artículo 30).

- Asegurar que las víctimas reciben información adecuada y oportuna (artículo 19).
- Establecer refugios en número necesario y con una adecuada distribución geográfica (artículo 23).
- Establecer a escala estatal líneas telefónicas gratuitas, accesibles las 24 horas del día, siete días por semana, a fin de proporcionar confidencialmente y, de manera anónima, poder recibir consejos relativos a todas las formas de violencia que trata el Convenio (artículo 24).
- Creación de servicios de apoyo inmediato especializados, a corto o largo plazo, para las víctimas, con una adecuada distribución geográfica (artículo 22), y centros de ayuda de emergencia apropiados para las víctimas de violaciones o de violencias sexuales (artículo 25).
- Establecer medidas específicas de protección para las víctimas durante las investigaciones y procesos judiciales, incluyendo que sean informadas del desarrollo de la investigación, su derecho a ser escuchadas ya exponer sus puntos de vista y preocupaciones, protección de su vida privada e imagen, evitar el contacto entre víctimas y perpetradores en las sedes de tribunales, cuerpos o fuerzas de seguridad, etc. (Artículo 56).
- Establecer servicios de recuperación para las víctimas, incluyendo servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico, asistencia financiera, servicios de alojamiento, educación, formación y asistencia en materia de búsqueda de empleo (artículo 20), etc.

Una norma importante en materia de violencias sexuales se encuentra en el artículo 54 del Convenio, ya que se excluye -como regla general- la posibilidad de admitir pruebas relativas al comportamiento o antecedentes sexuales de las víctimas. Así pues, se trata de una norma de importancia elemental, dado que a menudo -y por razones históricas aún no superadas totalmente- en los procesos sobre violencias sexuales se pone indebidamente el énfasis en la conducta sexual de la víctima. El artículo 54 señala: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima no sean admitidas, a menos que sea pertinente y necesario”.

Algunas de las Reglas de procedimiento y de prueba de la Corte Penal Internacional reflejan buenas prácticas que han sido adoptadas en algunas jurisdicciones estatales para erradicar prejuicios y estereotipos, principalmente estereotipos denigrantes sobre mujeres y niñas. Por ejemplo:

- El consentimiento no puede deducirse de cualquier palabra o conducta de la víctima cuando la capacidad de la víctima de dar un consentimiento voluntario y libre haya sido socavada por la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción.
- El consentimiento no puede deducirse de las palabras o la conducta de la víctima cuando la víctima es incapaz de dar un consentimiento genuino.
- El consentimiento no puede deducirse del hecho de que la víctima esté en silencio ante la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, o de su falta de resistencia a la violencia sexual.

Además, como regla general, el Tribunal no admite el uso de pruebas sobre la historia sexual previa o ulterior de una víctima o testigo. Esta disposición busca erradicar la práctica extendida -en todas partes del mundo- de poner el comportamiento sexual de las víctimas en el centro de los juicios o las investigaciones sobre violencia sexual.

## 21. El ordenamiento jurídico español y la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencias sexuales

### Normativa penal estatal

En los últimos años se han incorporado a la normativa penal estatal, tanto sustantiva como procesal, diversas normas e instrumentos que, poco a poco, avanzan hacia el reconocimiento de la gravedad de las VMG y los derechos que se reconocen a quienes han sufrido algunas de sus manifestaciones más graves.

En el ámbito sustantivo, la reforma del Código Penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) incorporó el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22 (los llamados delitos de odio). Aunque la exposición de motivos de la Ley señala que esta modificación, y otros, buscan reforzar la protección de las víctimas “de violencia de género y doméstica” y, por tanto, existe el riesgo de dar una interpretación restrictiva a tal disposición, basada únicamente en el concepto de ‘violencia de género’ de la LO 1/2004.

La circunstancia agravante 4ª actualmente dispone: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, el sexo, la orientación o la identidad sexual, las razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

Esta agravante, sin duda, puede aplicarse casi a todas las formas de violencias machistas y, en particular, a las violencias sexuales, ya que precisamente en la comisión de estos delitos el elemento central es la construcción de género, como ya se ha señalado en el apartado conceptual.

En el ámbito procedimental, un nuevo instrumento central a nivel nacional, en relación con la garantía de los derechos de las víctimas de violencias sexuales, es la Ley del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril). Esta Ley tiene por objeto “ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta tan amplia como sea posible, no sólo jurídica, sino también social, a las víctimas, y no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora otros efectos traumáticos en el ámbito moral que su condición puede generar, todo ello independientemente de la situación procesal”. La Ley del Estatuto de la víctima del delito constituye la incorporación al ordenamiento jurídico estatal de la Directiva 2012/29/ E de la Unión Europea. Aunque la Ley es menos garantista de los derechos de las víctimas que la Directiva, representa un avance legislativo, dado que por primera vez hay un catálogo sistematizado de derechos que las víctimas pueden invocar ante las autoridades intervinientes en el proceso judicial.

El Estatuto de la víctima del delito tiene la vocación de ser un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, si bien se remite a la normativa especial en materia de víctimas con necesidades especiales que son consideradas con una vulnerabilidad especial. Este catálogo general recoge, entre otros, el derecho a la información, la protección y el apoyo; el derecho a participar activamente en el proceso penal; el derecho al reconocimiento como tal de la víctima, y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.

El título I reconoce una serie de derechos extraprocesales, también comunes a todas las víctimas, independientemente de que sean parte en un proceso penal o hayan decidido, o no, ejercer algún tipo de acción, incluso con anterioridad al comienzo del proceso penal.

El título II sistematiza los derechos de la víctima con relación a la **participación en el proceso penal**, incluyendo el derecho a impugnar ante los tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que jueces/zas y tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso, y solicitar la adopción de medidas de control en relación con liberados condicionales que hayan sido condenados por hechos de los que se pueda derivar razonablemente una situación de peligro para la víctima. Asimismo, se regula la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves.

El título III aborda cuestiones relativas a la **protección y el reconocimiento** de las víctimas y las medidas de protección específicas para un cierto tipo de víctimas. Las medidas de protección específicas se adoptan teniendo en cuenta el carácter de la persona, el delito y



las circunstancias, la entidad del daño y la gravedad o la vulnerabilidad de la víctima.

En este sentido, la disposición general se encuentra en el artículo 19, sobre el derecho de las víctimas a la protección:

Las autoridades y el funcionariado encargado de la investigación, la persecución y el enjuiciamiento de los delitos deben adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, la libertad, la seguridad, la libertad e indemnidad sexuales, así como proteger adecuadamente su intimidad y dignidad, particularmente cuando se reciba en declaración o deban testificar en un juicio y para evitar el riesgo de la victimización secundaria o reiterada.

Las medidas dirigidas a evitar la victimización secundaria parecen urgentes, ya que durante esta investigación varias personas entrevistadas expresan la grave persistencia de estas prácticas. La victimización secundaria o revictimización está constituida por la falta de comprensión del procedimiento, el poco acompañamiento de las letradas y letrados, la soledad en la que se encuentra la víctima durante el proceso, el otorgamiento de la carga de la prueba a la víctima, las largas esperas que deben sufrir las víctimas durante el procedimiento, la larga duración del procedimiento, el cuestionamiento y la desconfianza hacia el relato de la víctima y las reiteraciones de las declaraciones, las diligencias o las pruebas. La revictimización incluye actitudes y prácticas que parecen dirigidas a desincentivar las denuncias de algunas víctimas.

La Ley también reconoce el **derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor** (artículo 20):

Las dependencias donde se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluyendo la fase de investigación, deben estar dispuestas de manera que se evite el contacto directo entre las víctimas y los familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, por otro, de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento criminal y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.

La protección de la víctima durante la investigación penal (artículo 21) incluye, además, que se haga declarar las víctimas el menor número de veces posible y, únicamente, cuando sea estrictamente necesario para la finalidad de la investigación penal; y también que las víctimas puedan estar acompañadas de una persona de su elección, además del representante procesal y, en su caso, de la persona representante legal, durante la práctica de las diligencias en que deba intervenir. Este derecho, sin embargo, puede ser negado cuando “motivadamente resuelva lo contrario el funcionario o la autoridad encargada de la práctica de la diligencia para garantizar su correcto desarrollo”. También los reco-

nocimientos médicos deben ser limitados a un número mínimo.

Los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se consideran especialmente en los casos de evaluación de riesgos, a fin de determinar las necesidades de protección de las víctimas. Durante la fase de investigación, en las medidas de protección, se incluye el hecho de que las declaraciones se hagan en dependencias especialmente adaptadas, hechas por profesionales que han recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima o con el ayuda de estos profesionales; que todas las declaraciones sean tomadas por la misma persona; y que la declaración sea tomada por una persona del mismo sexo de la víctima o cuando la víctima lo solicite. Esta previsión, sin embargo, no tendrá efecto cuando “esto pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o cuando la declaración se tenga que tomar directamente un juez o fiscal “(artículo 25.1 d).

#### **Durante la fase de enjuiciamiento, las medidas de protección incluyen (artículo 25.2):**

- Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual se puede hacer uso de tecnologías de la comunicación.
- Medidas para garantizar que la víctima pueda ser escuchada sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, a menos que la jueza o el juez, o el tribunal, consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.
- Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, la jueza o el juez o la presidencia del tribunal pueden autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un interés especial en la causa.

La disposición de la medida 3 es particularmente relevante, porque aunque pretende garantizar los derechos de las víctimas a la vida privada y la intimidad, incluye una excepción sumamente peligrosa por el hecho de admitir que se pueden formular preguntas relativas a la vida privada -que incluyen, obviamente, la vida sexual- para “valorar la credibilidad” de la declaración. Esto aleja de lo que señala el artículo 54 del Convenio de Estambul, que limita estas intervenciones, en particular las relativas a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima, únicamente a que sea “pertinente

y necesario” en la investigación de los hechos.

En este sentido, la Ley del Estatuto de la víctima del delito también introdujo modificaciones en la Ley de enjuiciamiento criminal. Particularmente, el artículo 681 incluye la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada para proteger el derecho a la intimidad, el debido respeto a la víctima y prohibir la divulgación de información o imágenes de la víctima.

La Ley del Estatuto de la víctima del delito también prevé disposiciones relativas a la formación especializada del personal de la Administración de justicia (artículo 30).

Ante esta Ley, aunque representa un avance importante, hay que considerar que, en todo caso, se supedita el reconocimiento de derechos y el apoyo de la Administración a que las víctimas denuncien los delitos y se vinculen al proceso judicial. Esto, obviamente, excluye a las mujeres que no se encuentran en condición de denunciar o las que son víctimas de violencias sexuales que no son, necesariamente, constitutivas de delito. Por otra parte, también se encuentra el peligro de imponer una determinada “víctima ideal”, un rol estereotipado de vulnerabilidad, en el que no encajan las mujeres que se muestran autónomas y apoderadas, que pueden verse cuestionadas, desacreditadas y, finalmente, desprotegidas por la Administración judicial.<sup>98</sup>

### Disposiciones del Código Penal en materia de agresiones y abusos sexuales

Durante el siglo XX, y en particular a partir de la llamada segunda ola feminista, se han hecho fuertes críticas al modelo jurídico penal basado en “los delitos contra la honestidad” y en una cierta “moral sexual”, especialmente desde la década de 1960. En 1989 y en el Código Penal de 1995, el bien jurídico protegido pasa a ser la libertad sexual (y la indemnidad sexual, cuando se trata de personas bajo la edad de consentimiento sexual, es decir, dieciséis años), lo que representa (o debería representar) una transformación capital en los ejes interpretativos y en la comprensión de las violencias sexuales.

A partir de la modificación que cambió el bien jurídico protegido de “honestidad” por el de “libertad sexual”, también se incluyó la posibilidad de que el sujeto pasivo de los delitos que se cometan bajo este título sean hombres. Ahora bien, como señala Patricia Faraldo Cabana (2014), “la inclusión del hombre como posible víctima no significó otra cosa que una igualdad formal por medio de una norma general y abstracta como es el Código Penal, que pretende no discriminar por razón del sexo de la víctima”. Aparte de esta aparente

igualdad formal que, a priori, indicaría la indistinta posibilidad de que haya víctimas tanto mujeres como hombres, todos los estudios y los análisis existentes sobre las violencias sexuales en todo el mundo confirman que en un número muy elevado de casos, o en su totalidad, la víctima es la mujer, y el agresor, el hombre. Nuevamente se advierte como desde la legislación vislumbra una realidad ficticia. Los ofensores y las víctimas aparecen desnudos de un género concreto bajo el objetivo de contribuir a la igualdad formal, y mujeres y hombres pueden ser sujetos pasivos o activos aleatoriamente. Invisibiliza la diferencia trascendental existente relativa a que la mayoría, o casi la totalidad, de este tipo de delitos son cometidos por hombres. Esto está demostrado por la aportación de la casuística de las sentencias dictadas en Cataluña, que se analizarán en el apartado siguiente.

Actualmente, pues, la estructura de los delitos sexuales en el Código Penal responde a dos criterios que se combinan para dar lugar a una clasificación por orden de gravedad. Por un lado, la intensidad de la imposición ante la decisión libre de la víctima, que el Código Penal distingue entre agresiones y abusos sexuales, sobre la base de la existencia o ausencia de violencia o intimidación en el delito. Por otra parte, se considera también el grado de contacto sexual, dado que se consideran más graves los casos en que hay “penetración”.

La concepción falocéntrica que otorga preponderancia a la penetración como manera de configurar la forma más grave del delito sexual se corresponde con otra época en la que el bien jurídico tutelado era la honestidad de la víctima, precisamente porque el valor de la mujer se medía en términos de “virginidad”, por lo que se castiga tan severamente la penetración como máxima expresión de agresión. Como apunta Asúa, el entrecruzamiento de ambos criterios prima “el acceso carnal” por encima de la declaración de “libertad sexual”, lo que hace un poco contradictorio el precepto de tutela al bien jurídico penal de “libertad sexual”, ya que la lesión en el ámbito de libertad de la víctima se consuma desde el momento en que se le impone un acto de connotación sexual y se le obliga a tolerarlo, independientemente del grado de contacto corporal que haya. Todo esto lleva, al menos, a cuestionar la diferencia de ambos supuestos (abuso y agresión sexual) una vez que el desvalor básico de la conducta típica queda situado en la vulneración de la libertad (Asúa, 2008).

El título VIII del Código Penal recoge los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que se dividen en tres capítulos: un capítulo referido a las agresiones sexuales (artículos 178 a 180), otro se refiere a los abusos sexuales (artículo 181) y un último, añadido en 2015, referido a los abusos y las agresiones sexuales a personas menores de dieciséis años.

El Código Penal califica como agresiones sexuales al

<sup>98</sup> Tal como señalan las abogadas Laia Serra y Carla Vall en el artículo Nuevas herramientas legales para Proteger a las víctimas de violencia de género, de 27 de enero de 2016, disponible en <http://www.pikaramagazine.com/2016/01/herramientas-legales-victimas-de-violencia-de-genero/#sthash.2etFEXR6.dpuf>

atentado contra la libertad sexual cuando se usa violencia o intimidación. El artículo 178 señala: “Quien atente contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

La Ley ha optado por una definición general amplia que admite modalidades de comisión anteriormente no susceptibles de incluir en las agresiones sexuales. De esta manera se entiende que constituyen ataques a la libertad sexual no sólo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el hecho de obligarla a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre ella misma o sobre un tercero. En este sentido, se está de acuerdo en considerar que las conductas incluidas en el artículo 178 son aquellas que representan un ataque a la libertad “negativa”, es decir, el derecho a negarse a una actividad sexual no querida. No sería un delito de este tipo la violencia ejercida sobre otra persona para impedirle que mantenga una determinada relación sexual con otra persona. Este caso se enmarcaría en los delitos genéricos contra la libertad (coacciones, amenazas) o contra la integridad corporal (lesiones) (Asúa, 1998: 84).

En este sentido, es importante reconocer que tradicionalmente se ha exigido como elemento típico de estos delitos la concurrencia del “ánimo libidinoso” o del “móvil lúbrico” al agresor. Tal como manifiesta Asúa, este requisito debe considerarse, hoy, como un elemento superfluo y distorsionador. “Lo que importa es que se trate de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, independientemente de que el autor se excite ‘sexualmente’ o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejear la víctima” (Asúa, 1998: 84) o que esté motivado por ánimo de venganza o menosprecio. De este modo, el eje se encuentra en la voluntad de utilizar sexualmente a la víctima sin su consentimiento.

La violación es una forma agravada de agresión sexual y está prevista en el artículo 179: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como grave de violación con la pena de prisión de seis a doce años”.

El artículo 180 introduce una serie de circunstancias agravantes:

- 1a. Cuando la violencia o intimidación ejercidas carácter particularmente degradante o vejatorio.
- 2a. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- 3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad, discapacidad o si-

tuación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4a. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5ª. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o las lesiones causadas.

Cuando los atentados contra la libertad sexual se produzcan sin violencia o intimidación, el acto se considera un abuso sexual, de acuerdo con el artículo 181.1:

Quien realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, sin violencia o intimidación y sin el consentimiento de esa otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinte y cuatro meses.

Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, tendrá una pena agravada de acuerdo con el artículo 182.4.

También se consideran abusos sexuales los que se cometan contra personas que se encuentran privadas de sentido o sufran un trastorno mental. En este sentido, hay que señalar que los supuestos conocidos en el derecho comparado como violación por incapacidad (incapacitated rape) en el derecho penal español -a partir de la LO 5 / 2010- constituyen sólo un delito de abuso sexual y no de agresión sexual, de acuerdo con el artículo 181.2: “A efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o sufran un trastorno mental y de las que se abuse, y los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

También se consideran abusos sexuales si el consentimiento se obtiene cuando el responsable se prevalece de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (artículo 181.3). Esta figura corresponde a la antigua figura del estupro, y se incluyen situaciones en que el agresor no necesita acudir a la intimidación para que puede utilizar otros tipos de presiones para conseguir que la víctima acceda a soportar o realizar los actos que le propone. Se trata pues, del apremio de la libertad de decisión, abusando de una posición de dominio (Asúa, 1998).

El artículo 182 se aplica a personas menores de dieciocho años. Este artículo analiza en el apartado dedicado a niñas y adolescentes en el capítulo 3 de este documento.

Un último aspecto, no menos relevante en relación con la legislación estatal, es el relativo al ejercicio de la acción penal. De acuerdo con el artículo 191 del CP: “Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, hay una denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, basta con la denuncia del Ministerio Fiscal”.

## Normativa autonómica

### Comunidad Autónoma de Madrid

La legislación de las diversas comunidades autónomas (CC.AA.) en torno a las VMG se ha desarrollado sobre todo a partir de la Ley Orgánica 1/2004 a nivel estatal. Sin embargo, mientras la legislación estatal está dedicada únicamente a la violencia contra las mujeres ejercida por sus parejas o exparejas heterosexuales (a la que la LO 1/2004 denomina ‘violencia de género’), las CC.AA. han adoptado definiciones más amplias y diversas entre sí, de manera que puede sostenerse que, actualmente, hay tantas definiciones de violencia de género como CC.AA. que la definen, y en todo caso, ninguna de las leyes autonómicas hace referencia a que la ‘violencia de género’ esté vinculada a una relación afectiva entre un hombre y una mujer.

En el caso de Madrid, la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid fue adoptada apenas un año después de la LO 1/2004. En su preámbulo afirma que la violencia de género es un problema estructural y por tanto debe ser tratado desde un enfoque multidisciplinar con el fin de erradicarla de nuestra sociedad. Señala que se debe prevenir y combatir la violencia de género en todas sus formas y manifestaciones y sin circunscribirse al ámbito de la violencia doméstica.

La violencia de género queda definida en el art. 2.2 como “toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual, o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad.” Además, se considera equivalente a la Violencia de Género “la ejercida sobre los menores y las personas dependientes de una mujer cuando se agrede a los mismos con ánimo de causar perjuicio a aquélla”.

Es decir, la ley madrileña incluye dentro del concepto de violencia de género las violencias sexuales, sin exigir que quien las cometa tenga o haya tenido una relación de ningún tipo con la mujer. Sin embargo, la ley limita

su aplicación a las conductas susceptibles de sanción penal.

Por otro lado, la ley no reconoce a las víctimas de cualquiera de las formas de violencia del Art. 2.3 los mismos derechos, ya que, por ejemplo, de acuerdo al Art. 16, únicamente tienen derecho a acceder a Centros de Emergencia y Centros de Acogida “las víctimas de Violencia de Género a las que se hace referencia en el artículo 2.3.a) de esta Ley”, es decir, las que son agredidas en el contexto de sus relaciones de pareja heterosexuales. De la misma manera, en relación al régimen de ayudas económicas, el Fondo económico de Emergencia que establece la ley en su Art. 18, únicamente busca atender “las necesidades inmediatas de las víctimas de Violencia de Género a que hace referencia el apartado 3.a) del artículo 2 de esta Ley”.

El Título I, de Medidas frente a la Violencia de Género está conformado por 3 capítulos. El primero, de Medidas de sensibilización frente a la Violencia de Género, está dedicado a la sensibilización, la eliminación de los prejuicios basados en el género (estereotipos de género) con el fin de erradicar pautas de conducta sexista que propician este tipo de violencia. Son medidas en el ámbito publicitario y de los medios de comunicación (artículos 3 al 5).

El Capítulo II (artículos 6-13) de Medidas de prevención frente a la Violencia de Género, establece medidas en los ámbitos educativo, sanitario y de servicios sociales, prestando especial atención a la formación de profesionales que desempeñen sus funciones en estos servicios. Se fomentan también medidas de detección y prevención en los centros de trabajo. Se incluyen los programas de investigación y análisis de las causas que motivan la violencia. Y se encomienda la promoción de convenios con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con el fin de asegurar la mayor coordinación en las labores de detección y prevención que éstos llevan a cabo.

Por último el Capítulo III (artículos 14-31) de Medidas de asistencia integral y protección a las víctimas de Violencia de Género, se dedica a desarrollar un amplio elenco de medidas de atención, asistencia y protección de las víctimas. Se incluyen todas las medidas dirigidas a:

- a) Informar y orientar a las víctimas sobre sus derechos y los recursos existentes.
- b) Atender la salud física y mental de las víctimas impulsando la recuperación de las secuelas de la violencia.
- c) Atender las especiales necesidades económicas, laborales, jurídicas, educativas, culturales y sociales de las víctimas derivadas de la situación de violencia.
- d) Atender las necesidades de acogimiento temporal garantizando la manutención, alojamiento, accesibilidad y seguridad de las mismas en los casos en los que proceda.

e) Proporcionar seguridad a la víctima a través de los medios técnicos posibles.

Dentro de estas medidas se incluyen, en el Artículo 27, medidas especiales de atención a mujeres víctimas de agresiones sexuales: “La Comunidad de Madrid, a través del órgano competente en materia de mujer, dispondrá de recursos especializados en la atención a mujeres víctimas de agresiones sexuales a través de una intervención integral en la recuperación psicosocial y en el apoyo jurídico de las mismas”.

Cabe destacar, sin embargo, ya que la propia ley señala que sus conceptos se deben interpretar de acuerdo al Código Penal, esta provisión no incluiría a las mujeres que han sufrido abusos o acosos sexuales, u otras formas de violencia sexual no constitutivas de agresiones sexuales.

Es necesario aportar un título habilitante para obtener la aplicación de algunas de las medidas y ser reconocida como víctima de violencia de género. De acuerdo a la modificación de la Ley en junio de 2018, para ello se distingue los casos en que se haya o no presentado denuncia por los hechos:

“Con carácter ordinario se tendrá acceso al título habilitante que acreditará la condición de víctima de violencia de género y dará lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley:

1. En caso de que se haya presentado denuncia:

- a) Sentencia condenatoria por violencia de género, aunque no sea firme.
- b) Resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género.
- c) Orden de protección o medida cautelar vigente, a favor de la víctima de violencia de género.
- d) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la persona solicitante es víctima de la violencia de género.
- e) Atestado elaborado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia de género.

2. En caso de que no se haya presentado denuncia:

- a) Resolución administrativa por acoso sexual o acoso por razón del sexo.
- b) Informe técnico acreditativo de la condición de víctima de violencia de género elaborado por los servicios sociales y redes de la Administración pública autonómica y local y los servicios municipales de atención integral a mujeres víctimas de la violencia de género.

El informe técnico y la resolución administrativa serán vinculantes para la Dirección General de la Mu-

jer, que los tendrá que validar y supondrá acceso inmediato al título habilitante.

c) Los informes técnicos motivados, que se eleven a la Dirección General de la Mujer, por el personal de la Administración pública que desempeñe su trabajo como profesional sanitario, educativo, de salud mental, o cualquier otro que se establezca reglamentariamente, en los que se proponga que se conceda a la mujer la condición de víctima de violencia de género.

La Dirección General de la Mujer, en el plazo máximo de un mes, deberá valorar si estos informes técnicos acreditan la condición de víctima de violencia de género y el acceso al título habilitante.”

Cabe destacar que, lamentablemente, y a diferencia de lo que señalan, por ejemplo, la Recomendación General No. 35 del Comité CEDAW, no se contempla como un principio de actuación el respeto a la autonomía de las mujeres víctimas.

En cuanto a la valoración de la aplicación de la ley, la Plataforma “Generando Red contra las violencias machistas” elaboró un Informe sombra sobre la Ley de violencia de género de la Comunidad de Madrid (2005-2015), en el cual se detallan diversas preocupaciones respecto del cumplimiento insuficiente de la Ley. En tal informe se consideran 3 aspectos críticos:

- La política de recortes impuesta por el Gobierno como respuesta a la crisis ha atacado especialmente a la educación, la sanidad y la intervención social. Estos tres ejes son cruciales porque afectan no sólo a la atención y protección de las mujeres, sino también a la prevención de la violencia. Se constata que las políticas de prevención se han dejado de lado sin tener en cuenta que es en las actuaciones preventivas donde el trabajo para erradicar la violencia es más efectivo y necesario.
- Los contextos de crisis contribuyen a aumentar los niveles de violencia al tiempo que el proceso de feminización de la pobreza se agudiza, estos dos factores se combinan incrementando las situaciones de vulnerabilidad y su grado. Si a ello añadimos una política salvaje de recortes, nos encontramos ante un mayor riesgo para las mujeres de sufrir violencia y una peor respuesta de las administraciones públicas.
- Una consecuencia más de la política de recortes en la Comunidad de Madrid es la precariedad laboral de las profesionales que trabajan en los recursos. Se constata que existe disparidad de condiciones en función de si la contratación es pública o privada. Las condiciones laborales precarias provocan alta rotación de personal, dificultades para poder seleccionar a las mejores candidatas y riesgos laborales, todo lo cual, a pesar de la implicación y la motivación de las profesionales, tiene un efecto negativo

en la atención que reciben las mujeres. (Plataforma Generando Red contra las violencias machistas, 2015, p. 4)

### Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad Autónoma de Andalucía ha sido objeto de importantes modificaciones mediante la ley 7/2018 de 30 de julio, dentro de las cuales se incluye la ampliación del concepto de víctima de violencia de género. En efecto, la ley incorporó un art. 1 bis, en que señala:

“Artículo 1 bis. Concepto de víctima de violencia de género.

A efectos de la presente Ley, se considerarán víctimas de violencia de género y tendrán reconocidos los derechos de esta norma sin necesidad de interposición de denuncia, tanto si se trata de violencia física, violencia psicológica, violencia sexual o violencia económica:

- a) La mujer que, por el hecho de serlo, independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, sufra un daño o perjuicio sobre su persona. A estos efectos, el término «mujer» incluye a las menores de edad que puedan sufrir violencia de género.
- b) Las hijas e hijos que sufran la violencia a la que está sometida su madre.
- c) Las personas menores de edad, las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento.
- d) Las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados.”

El objeto de la Ley proclamado en su artículo 1.1, es actuar “contra la violencia que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres, se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley.”

La ley también busca “la adopción de medidas para la erradicación de la violencia de género mediante actuaciones de prevención y de protección integral a las víctimas, así como de sensibilización, educativas, formativas, de detección, atención y recuperación y todas las que resulten necesarias”.

De acuerdo a su artículo 2, su ámbito de aplicación se extiende de forma global a:

- Las actuaciones de los poderes públicos.

- Las Entidades que integran la Administración Local, sus organismos autónomos consorcios, fundaciones y demás entidades.

- La Administración de la Junta, sus organismos Autónomos, empresas de la Junta.

- Las personas físicas y jurídicas públicas o privadas

La modificación de 2018 señala expresamente que “tienen garantizados los derechos que la presente Ley reconoce todas las víctimas de violencia de género que se encuentren en el territorio andaluz, con independencia de la vecindad civil, nacionalidad o situación administrativa y personal”.

La definición de violencia de género se encuentra en el art. 3, también modificado en 2018, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Concepto, tipología y manifestaciones de violencia de género.

1. A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley.
2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en el género que implique o pueda implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica. Comprende, asimismo, las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.”

En este sentido, la definición de la ley se ajusta a las definiciones internacionales de violencia contra las mujeres por razones de género. Además, el art. 3.3 se refiere a la tipología de esta violencia, en que se incluye la violencia física, psicológica, sexual y económica.

Cabe destacar que la definición de violencia sexual contenida en la letra c) del art. 3.3 también ha sido objeto de modificación a partir de la Ley 7/2018, que actualmente establece: “c) Violencia sexual, que incluye cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por la mujer, abarcando la imposición del mismo mediante fuerza, intimidación o sumisión química, así como el abuso sexual, con independencia de la relación que el agresor guarde con la víctima.”

Cabe destacar que la nueva regulación legal también introduce el concepto de feminicidio en la legislación andaluza, incluyendo en particular el feminicidio sexual, en los siguientes términos:

“Art. 4.4 b) El feminicidio, entendido como los homi-

cidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluirán los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendiéndose por tales el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata.”

Se definen en la misma disposición, entre otras manifestaciones de la violencia de género, las agresiones y los abusos sexuales, así como el acoso sexual:

“c) Las agresiones y abusos sexuales realizados por hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan.

d) El acoso sexual, entendiéndose por tal los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.”

Otras manifestaciones contempladas en el art. 4.4 también pueden tener el carácter de violencia sexual, como la violencia en la pareja o expareja, la violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la trata y la explotación sexual de mujeres y niñas, el matrimonio precoz o forzado, violencia derivada de conflictos armados, etc.

En el art. 4 se contemplan los principios por los que se tendrán que regir los poderes públicos en la aplicación de esta ley. Dentro de estos principios rectores se encuentra, en el art. 4 letra c) que se deben “adoptar medidas que garanticen los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, de acuerdo con los principios de universalidad, accesibilidad, proximidad, confidencialidad de las actuaciones, protección de los datos personales, tutela y acompañamiento en los trámites procedimentales y respeto a su capacidad de decisión.” Este es un aspecto que merece ser destacado, sobre todo considerando la ausencia de una referencia similar en el caso de la legislación de Madrid.

En el Título I se dedica a la investigación, sensibilización y prevención. El Capítulo I aborda la investigación, sensibilización y prevención. En este capítulo la reforma de 2018 introdujo el art. 7 bis, que crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, en los siguientes términos:

1. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género es un órgano colegiado, de composición interdepartamental, con participación administrativa y social y funciones asesoras y de evaluación de las políticas

y medidas tomadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en la presente Ley, procediendo a su análisis y difusión.

2. El Observatorio Andaluz de la Violencia de Género, en colaboración con la Unidad Estadística y Cartográfica de las Consejerías competentes en materia de igualdad y de violencia de género, definirá los indicadores necesarios para el análisis de la violencia de género, así como las fuentes de información de referencia y la metodología de cálculo de los mismos. En la definición de estos indicadores se tendrá en cuenta la información estadística y cartográfica generada por el Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía

El Capítulo II se dedica a la sensibilización, incluyendo la elaboración periódica del plan integral dirigido a la sensibilización y prevención de la violencia de género, el apoyo al movimiento asociativo de mujeres, actividades culturales, artísticas y deportivas, y programas dirigidos a hombres para la erradicación de la violencia de género.

El capítulo III contempla medidas en el ámbito educativo, tanto a nivel de currículo, consejos escolares, detección y atención de la violencia de género, inspección educativa y enseñanza universitaria. El capítulo IV, en tanto, se refiere a las medidas en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación dirigidas a la promoción de una imagen no discriminatoria de las mujeres, una publicidad no sexista y especial atención al tratamiento de la violencia de género, en los medios de comunicación públicos y privados de Andalucía.

Finalmente, en el capítulo V se contemplan medidas para la formación y especialización de profesionales, incluyéndose en primer lugar las y los profesionales y personal de la Administración de la Junta de Andalucía. Se contempla formación tanto para el personal en general, como para el “personal responsable de la atención a las víctimas de dicha violencia, al que preste atención a los agresores, así como al que pudiera formar parte de las comisiones de investigación y tratamiento de acoso sexual y acoso por razón de sexo”. En estos casos, de acuerdo al art. 20.1 párr. 2, “se le impartirá formación permanente y especializada, con carácter obligatorio, debiendo acreditar una formación especializada en esta materia”.

El capítulo III se refiere a las medidas en el ámbito sanitario, para la detección precoz, atención y seguimiento en el ámbito de la salud, el art. 33.3 de la ley señala que el Gobierno andaluz “garantizará la aplicación de un protocolo de atención y asistencia de todas las manifestaciones de la violencia de género, en los diferentes niveles y servicios” y que tal protocolo “debe contener un tratamiento específico para las mujeres que han sufrido una agresión sexual”.

La ley también prevé la creación de unidades de valoración integral de la violencia de género, que a partir de la reforma de 2018 han ampliado sus funciones, quedando establecidas de la siguiente manera:

“Artículo 37 Unidades de valoración integral de la violencia de género

1. La Consejería que ostente las competencias en materia de Administración de Justicia organizará, a través de sus Institutos de Medicina Legal, las unidades de valoración integral de violencia de género encargadas de realizar:

a) La valoración integral de los efectos de la violencia física, psíquica y sexual en las mujeres víctimas de violencia de género.

b) La valoración de los efectos de la exposición a la violencia y de las agresiones sufridas por los hijos y las hijas y menores a su cargo.

c) La valoración de la incidencia, la peligrosidad objetiva y el riesgo de reincidencia del agresor.

d) La valoración relativa a los procedimientos civiles que afecten a las víctimas de violencia de género contemplados en la normativa.

2. La unidad de valoración integral de violencia de género estará integrada por personal de la Medicina Forense, de la Psicología y del Trabajo Social, quienes desarrollarán las funciones que les sean propias bajo la dirección de la persona encargada de la coordinación de la unidad.”

El capítulo VI se refiere a la Atención integral y acogida, donde se señala de manera expresa, en el art. 42.2 que “el acceso a los recursos y servicios de información y de acogida inmediata no requerirá la acreditación prevista en el apartado 1 del artículo 30”. Tales servicios incluyen la información, asesoramiento jurídico y apoyo psicológico necesario.

La ley también describe las características de la atención integral, que debe ser especializada, multidisciplinar y accesible; así como las características de los centros de atención integral y acogida, así como su tipología. Se señala expresamente al art. 43.7 que “estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los cuerpos de seguridad, los jueces de violencia sobre la mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente”. Asimismo, se señala que “estos servicios podrán solicitar al juez las medidas urgentes que se consideren necesarias”. También se incluyen disposiciones para la atención a colectivos especialmente vulnerables, que serán analizadas en mayor profundidad en el capítulo 3 de este documento.

En el Título III, dedicado a las medidas para la recuperación integral incluye las ayudas socioeconómicas, acceso a viviendas protegidas y medidas de formación, promoción del empleo, trabajo autónomo y concienciación en el ámbito laboral.

### Comunidad Autónoma de Cataluña

La Ley del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Ley 5/2008, de 24 de abril) cubre aspectos sustanciales y procesales, poniendo énfasis en las medidas que deben adoptar los diversos servicios ante esta violencia y sus diversas manifestaciones, así como en relación con los derechos específicos que se reconocen a las mujeres en este ámbito. Hay que hacer notar que el artículo 2.2 de esta ley establece que “las referencias a las mujeres incluidas en esta ley se entienden que incluyen también las niñas y las adolescentes, a menos que se indique lo contrario”.

Esta Ley se estructura en cuatro títulos: el primero, dedicado a las disposiciones generales de la Ley; el segundo, la prevención, la detección y la erradicación de la violencia machista; el tercero, a los derechos de las mujeres en situaciones de violencia machista a la prevención, la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral; y el cuarto, a las competencias, la organización y la intervención integral contra la violencia machista.

En las disposiciones generales de la Ley, se define el objeto de una manera que está muy de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado en esta materia: “Artículo 1.1. Esta ley tiene por objeto la erradicación de la violencia machista y la remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales que la perpetúan, con el fin de que se reconozca y se garantice plenamente el derecho inalienable de todas las mujeres a desarrollar la propia vida sin ninguna de las formas y de los ámbitos en los que esta violencia puede manifestarse.”

La Ley define la violencia machista como: “(...) la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado (Artículo 3.a).”

Dentro de esta definición, el elemento más cuestionable es que la ley exige que se produzca daño, con lo cual, las violencias machistas que no producen un ‘daño o sufrimiento’ ya sea físico, sexual o psicológico, no se consideran como tales. En este sentido, cabe señalar que a menudo hay formas de violencias sexuales, tales como las que se producen en el espacio público a través de acoso o comentarios, que producen indigna-



ción y rabia en quienes las reciben, pero equiparar esa experiencia a ‘sufrimiento psicológico’ resulta también victimizante para las propias mujeres, en cuanto su experiencia queda limitada a experimentar tal sufrimiento. En el derecho internacional de los derechos humanos (así como en otras legislaciones autonómicas, como el caso de Andalucía y Madrid ya mencionados), este asunto se ha resuelto haciendo referencia a violencias por razones de género que causan o pueden causar daños o sufrimientos a las mujeres (que sean ‘susceptibles de producir’ de acuerdo a la ley de Madrid, o ‘posibilidades de causar...’ en el caso de Andalucía).

Las formas de violencia machista, pues, pueden ser físicas, sexuales, psicológicas o económicas. Se puede cometer en el ámbito de las relaciones de pareja, de la familia, en el ámbito laboral, social o comunitario o en cualquier otro ámbito en que se lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres (artículo 5).

La ley define la violencia sexual y abusos sexuales como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido por las mujeres, incluida la exhibición, la observación y la imposición, mediante violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, de relaciones sexuales, con independencia de que la persona agresora pueda tener con la mujer o la menor una relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco”.

Uno de los elementos más importantes de la definición es que pone correctamente el énfasis en el consentimiento de las mujeres. Por otra parte, se incluyen diversos supuestos de violencias sexuales de manera ejemplar y además se aclara que es independiente del vínculo afectivo que la mujer, niña o adolescente pueda tener con el agresor.

Las agresiones sexuales se definen específicamente en ámbito comunitario en el artículo 5, 4to:

“Cuarto. Violencia en el ámbito social o comunitario, que comprende las siguientes manifestaciones:

- a) Agresiones sexuales: consisten en el uso de la violencia física y sexual ejercida contra las mujeres y las menores de edad que está determinada por el uso premeditado del sexo como arma para demostrar poder y abusar.”

Cabe señalar que, aunque la definición de agresiones sexuales se encuentra dentro del ámbito comunitario, esta manifestación de las violencias machistas se puede dar en cualquiera de los ámbitos previstos en la Ley, es decir, el de la pareja, el familiar o el laboral. Cabe destacar, también, que la Ley no hace referencia expresa al ámbito de la acción estatal de manera específica, es decir, a la llamada violencia institucional o perpetrada por agentes del Estado. Sin embargo, prevé un quinto ámbito, que incluye “cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de lesionar

la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres”, en el que, sin duda, pueden considerarse incluidas las violencias sexuales perpetradas por agentes públicos. Esta última expresión, a la vez, abre nuevamente el concepto de violencias machistas, restringido en la definición a las conductas que tienen ‘como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico’ a todas aquellas que pueden lesionar la dignidad, integridad y libertad de las mujeres.

Todas las disposiciones de esta Ley referidas a las diversas manifestaciones de las violencias machistas son aplicables a las violencias sexuales. El capítulo 2 de la Ley, referido al derecho a la atención y la asistencia sanitarias específicas, contiene, además, una disposición específica referida a las agresiones sexuales respecto al contenido del derecho a la atención y la asistencia sanitarias específicas, en el artículo 32: “Las mujeres que sufren cualquier forma de violencia machista tienen derecho a una atención y una asistencia sanitarias especializadas. El Gobierno, por medio de la Red Hospitalaria de Utilización Pública, garantiza la aplicación de un protocolo de atención y asistencia en todas las manifestaciones de la violencia machista, en los diferentes niveles y servicios. Este protocolo debe contener uno específico para las mujeres que han sufrido una agresión sexual.”

Además, el artículo 57.3 señala que los servicios de atención y acogida de urgencias se destinan, en todo caso, a las mujeres, niñas y adolescentes que sufren agresiones sexuales, ya sea en el ámbito de las relaciones de pareja, familiar o el ámbito social o comunitario.

Por otra parte, la Ley define la victimización secundaria, de gran importancia en materia de violencias sexuales, como: “(...) el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se encuentran en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits cuantitativos y cualitativos de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, y también por las actuaciones desafortunadas provenientes de otros agentes implicados (artículo 3. h).”

Entre los principios que deben orientar las intervenciones de los poderes públicos para erradicar esta violencia -considerando la diversidad de daños causados por las violencias machistas y el derecho de las mujeres a no ser discriminadas- se encuentran la integridad de las medidas que se han de implementar o el hecho de que las respuestas tengan en consideración las necesidades específicas de las mujeres, evitando la victimización secundaria y estableciendo medidas para impedir la reproducción o perpetuación de los estereotipos sobre las mujeres y la violencia machista (artículo 7).

La Ley aborda la violencia machista como una vulneración de los derechos humanos, teniendo en cuenta las particularidades territoriales, culturales, religiosas, personales, socioeconómicas y sexuales de la diversidad de las mujeres a las que van destinadas.

En relación con la prevención, la detección y la erradicación de la violencia machista, la Ley contiene provisiones específicas relativas a la investigación en violencia machista, la sensibilización social y la información para prevenir y eliminar la violencia machista, e incluye medidas específicas dirigidas a los medios de comunicación y los ámbitos educativo, laboral y social. También tiene disposiciones específicas sobre la formación y la capacitación de profesionales, ya sea que intervengan directa o indirectamente en casos de violencias machistas.

En cuanto a los derechos de las mujeres en situaciones de violencia machista a la prevención, se reconoce el derecho a la atención, la asistencia, la protección, la recuperación y la reparación integral. Sin embargo, se establecen disposiciones específicas para colectivos de mujeres que pueden estar afectados por discriminación interseccional en función de diversos factores. Cabe destacar que el art. 2 de la ley garantiza que “todas las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista, así como sus hijos e hijas dependientes, que vivan o trabajen en Cataluña y con independencia de la vecindad civil, la nacionalidad o la situación administrativa y personal, tienen garantizados los derechos que la presente ley les reconoce (...)” y que para efectos de identificar una situación de violencia machista la ley no se limita a las resoluciones judiciales, como sentencias condenatorias u órdenes de protección, sino también se incluyen los informes de la Inspección del Trabajo y la Seguridad Social (art. 33.1), así como diversos instrumentos específicos de identificación de las situaciones de violencia machista, ‘siempre y cuando expresen la existencia de indicios que una mujer la ha sufrido o está en riesgo verosímil de sufrirla’, tales como (de acuerdo al art. 33.2):

- a) Cualquier medida cautelar judicial de protección, seguridad o aseguramiento vigente.
- b) El atestado elaborado por las fuerzas y cuerpos de seguridad que han presenciado directamente alguna manifestación de violencia machista.
- c) El informe del Ministerio Fiscal.
- d) El informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, en el que conste que la mujer ha sido atendida en algún centro sanitario por causa de maltrato o agresión machista.
- e) El informe de los servicios públicos con capacidad de identificación de las situaciones de violencia machista. Se reconoce esta capacidad a los servicios sociales de atención primaria, a los servicios de acogida y recuperación, a los servicios de intervención especializada y a las unidades especializadas dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- f) El informe del Instituto Catalán de las Mujeres.
- g) Cualquier otro medio establecido por disposición legal.

Esta disposición, por tanto, permite garantizar también los derechos de atención y reparación a las mujeres que –por las razones que sea– hayan decidido no denunciar penalmente la violencia que viven. En este sentido, la denuncia penal no es condición para el reconocimiento de sus derechos.

## II. Un concepto androcéntrico de violencias sexuales

### 22. Manifestaciones. El tipo penal

#### La agresión sexual. Sentencias analizadas

El título VIII del Código Penal titulado delitos contra la libertad e indemnidad sexual recoge en su primer capítulo las agresiones sexuales, respecto de las que el artículo 178 dice: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años” y el artículo 179 recoge que: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.” La pena se agrava cuando concurren las circunstancias que recoge el artículo 180 del mismo cuerpo legal, circunstancias como uso de violencia degradante o vejatoria, cuando los hechos se cometan por dos o más personas conjuntamente, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad, o cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco (...).”

La agresión sexual, según el tipo penal, requiere la existencia de violencia o intimidación. La jurisprudencia exige que la violencia sea la adecuada para vencer o doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea exigible a la víctima una resistencia heroica a la agresión sexual. No obstante se entiende que la víctima debe exteriorizar su intención de manera que el agresor entienda que no presta consentimiento a esa relación. El tipo penal básico exige únicamente que el que atente contra la libertad sexual de otro lo haga mediante el empleo de la fuerza o de la intimidación, sin exigir en ningún apartado del Código Penal, ni que la víctima actúe de una u otra manera en cuanto a la resistencia ante la violencia, ni que deba cerciorarse de que el agresor conoce y entiende su negativa a mantener esa relación sexual.

Estas exigencias no contempladas en la ley, que son de creación jurisprudencial, y aunque quizá hoy un poco mitigadas por ejemplo en cuanto a la resistencia que ha de oponer la víctima, son resultado de la intervención selectiva del derecho penal que ha construido sobre la base de prejuicios existentes un tipo ideal de agresión sexual, con un comportamiento estereotipado atribuido a las víctimas. Estos prejuicios están presentes en el poder judicial y ello se refleja en las sentencias que se dictan, y constituyen uno de los estereotipos sociales y judiciales que existen.

En este sentido cabe hacer la aclaración de la dificultad que conlleva para el órgano juzgador calificar un hecho como agresión sexual, y no como abuso sexual, lo que se ha visto recogido en los casos analizados, de los cuales en las condenas en un 56.59% los hechos han sido calificados como “abusos sexuales”, mientras que solo en un 43.42% han sido entendidos como “agresiones sexuales”. Este dato debe ser contrastado con la calificación solicitada por las acusaciones particulares de las víctimas, las que han solicitado en un 47,95% que los hechos sean juzgados como abusos, mientras que han demandado que en un 52,05% sean atendidos como agresiones.

Las Sentencias continúan recogiendo los estereotipos sobre cómo deben comportarse las víctimas, antes, durante y después de la agresión, perdiendo de vista que la conducta punible no es el comportamiento de la víctima sino la conducta del agresor. Se observa también que la conducta del agresor no es analizada y cuestionada en igual medida y en el mismo sentido que lo es la de la víctima.

En cuanto a las agresiones sexuales a menores, el Código Penal recoge las agresiones sexuales a menores en los artículos 183.2 C.P. calificando de agresión los actos de carácter sexual realizados con un menor de 16 años cuando se hagan empleando la fuerza, en el artículo 183.3 CP cuando el ataque suponga acceso carnal, en el artículo 183.4 C.P. cuando la víctima tenga escaso desarrollo mental, el ataque se realice por 2 o más personas, la violencia utilizada sea vejatoria o degradante, se prevalega de la relación de superioridad con el menor, se ponga en peligro la vida de la víctima o se realice mediante organización criminal.

En cualquier caso, vemos cómo en cuanto a la calificación de agresión que hacen las Acusaciones Particulares y el Ministerio Fiscal en sus diferentes tipos, las condenas en los tribunales son significativamente inferiores llamando la atención esta rebaja sobre todo en lo que respecta a las denuncias de agresiones sexuales a menores víctimas.

Uno de los problemas que nos encontramos en las agresiones a menores, común con los abusos, es la credibilidad de la víctima, problema que comparten los menores con las mujeres víctimas como hemos visto anteriormente.

### El abuso sexual. Sentencias analizadas

Los abusos sexuales se recogen en los artículos 181, 182 y 183 del Código Penal definiéndose como autor de un abuso sexual el que realiza actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin que medie para ello violencia o intimidación y sin que exista consentimiento. Según este articulado se entienden abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como

los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante uso de fármacos, drogas u otras sustancias naturales o químicas idóneas a tal efecto. Se considera abuso también cuando el consentimiento se obtiene prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En caso de que esos contactos consistan en acceso carnal la pena será superior.

El artículo 182 CP establece una pena específica para el que interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, comete abuso sexual con un mayor de 16 años y menor de 18.

Resumidamente, el artículo 183 CP recoge, en su apartado primero la pena para el que realiza actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años: será castigado como responsable de un abuso sexual. Ya en su apartado segundo recoge que cuando se emplee sobre el/la menor violencia o intimidación será condenado por un delito de agresión sexual, así como si mediante violencia o intimidación se compele a un menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismos. Se agrava la pena por agresión cuando además hay acceso carnal, y además cuando la víctima tiene alguna disfuncionalidad, situación de indefensión, en cualquier caso cuando es menor de tres años, cuando los hechos se cometen por dos o más personas, cuando la violencia o intimidación revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio, cuando exista prevalimiento por causa de superioridad o parentesco con la víctima, cuando se haya puesto en peligro la vida o salud de la víctima, o cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal que se dedique a realizar estas actividades.

Vemos que las agresiones y los abusos tienen en común que ambas conductas se realizan sin que medie consentimiento de la víctima. En el caso de la agresión porque se ha vencido mediante violencia o intimidación, en el caso de los abusos porque se ha vencido sin violencia o intimidación (art. 181.1CP), pero la víctima está privada de sentido o tiene un trastorno mental que no le capacita para consentir, o se ha anulado la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas u otras sustancias (art. 181.2 CP), o el consentimiento se obtiene prevaleciendo de una situación de superioridad que coarta la libertad de la víctima (art. 181.3 CP).

El tipo básico del abuso supone pues, que no existe violencia ni intimidación, ni consentimiento. Si la víctima no consiente la actuación que sobre la misma se realice la vulneración será siempre del mismo bien, el atentado contra su libertad sexual, esto es, una agresión sexual.

La existencia de violencia, de intimidación, el estado de privación de sentido o la presencia de un trastorno mental, la anulación de la voluntad de la víctima me-

dianter drogas o fármacos, o la existencia de prevalimiento de superioridad serán condiciones que en su caso, agravarán la pena.

En aquellos casos en que la víctima entra en shock (tiene miedo a que además de agredirla sexualmente le peguen, o le atemoriza la complexión física del agresor, etc) el agresor no necesita el elemento de la violencia, o de la intimidación, lo que no desvirtúa el ilícito que se trata de una agresión sexual sin consentimiento.

El atacar a un mujer privada de sentido y que no puede prestar el consentimiento, o cuya voluntad ha sido vencida por el uso de drogas, fármacos u otros productos naturales o químicos tampoco desvirtúa el ilícito ni lo suaviza, debiendo ser calificado como una agresión sexual sin consentimiento. Resulta obvio que atacar a una mujer privada de sentido o darle drogas o fármacos para vencer su voluntad intencionadamente supone para el agresor asegurarse de que no existirá resistencia y que por lo tanto no tendrá que desarrollar la conducta con violencia o intimidación, ni tendrá que vencer con ellas la oposición y resistencia de la víctima.

En una innumerable cantidad de casos se observa como el abuso está configurado en razón del prevalimiento a partir de la relación de superioridad de otra persona (181.3).

Por otra parte se observa que de las diferentes figuras penales de abuso sexual normativamente previstas, las calificaciones del Ministerio Fiscal y Acusación Particular son diversas, mientras que los pronunciamientos de sentencia en general se engloban bajo la figura de prevalimiento (183.1). Entre otras cosas, esta apreciación podría derivarse de la falta de credibilidad de la declaración tanto de menores como de personas con trastorno mental, que también determina frecuentemente la absolución.

## Vejaciones

Según el Código Penal en una vejación, el bien jurídico protegido es la integridad moral o la dignidad de la víctima y no la libertad o indemnidad sexual que es lo que se protege en los abusos sexuales y en las agresiones sexuales, de ahí que la vejación esté regulada en el Título VII llamado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Sin embargo, los actos sobre partes del cuerpo que resultan socialmente entendidas como sexuales no pueden solo catalogarse como simples vejaciones, puesto que en ellos se vulnera la libertad del sujeto pasivo para decidir en el ámbito de su intimidad sexual. Naturalmente que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2° CP...”. (STS 22.06.2016). Si bien, se ha visto que no existe unanimidad en esta consideración acerca de

lo que un tocamiento de pecho por ejemplo, o una palmetada en las nalgas supone, (puesto que para unos juzgadores es vejación y para otros es abuso sexual), tales tocamientos en aquellas partes consideradas sexuales (pechos, nalgas o genitales) debe ser considerado abuso, porque está afectando a la libertad sexual de la víctima, no a su integridad moral o su dignidad que estarían subsumidos ya en el bien jurídico protegido por el delito de abuso.

No obstante recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una sentencia manifestando que cualquier tocamiento o roce no consentido con intención sexual implica un ataque a la libertad sexual y debe ser considerado un delito de abuso: “Cualquier tocamiento o roce no consentido con intención sexual implica un ataque a la libertad sexual y debe ser considerado un delito de abuso. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en una sentencia notificada este jueves en la que fija una nueva doctrina para casos en los que había discrepancias entre los jueces, ya que unos consideraban estos hechos como delito leve de coacciones (con penas de tres meses de cárcel a dos años o multa de seis a 24 meses) y otros como delito de abuso (seis meses a dos años o multa de 18 a 24 meses).

La Sala de lo Penal recuerda que el delito de abuso sexual exige un contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra acción con significación sexual. Este contacto, explican los magistrados, puede ser ejecutado directamente por el acusado sobre el cuerpo de otra persona para obtener una satisfacción sexual o puede ser ordenado por el primero para que la otra persona lo realice sobre su propio cuerpo. Siempre que este tocamiento sea impuesto, se considerará abuso. Para la sala, si se dan los requisitos del delito de abuso sexual, el hecho, “aun cuando hubiera sido momentáneo”, debe castigarse así y no como delito leve de coacciones, como ocurría hasta ahora en muchas ocasiones.

El tribunal fija este criterio en una sentencia en la que rechaza el recurso presentado por una mujer contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que confirmó la absolución de un hombre acusado de abuso sexual. En este caso concreto, los jueces no aplican la nueva doctrina porque los hechos probados de la sentencia “no expresan con la suficiente claridad” los requisitos precisos para concluir la existencia de un delito de abuso sexual.

Los hechos ocurrieron en un bar de Villanueva (Córdoba), en agosto de 2015, cuando el acusado rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura a la mujer al tratar de coger las llaves del aseo de señoras, después de haberla seguido hasta allí e intentar entrar dentro con ella. En su sentencia, la sala explica que los hechos probados son “insuficientes” para fundamentar una condena por este delito puesto que no recogen ni la naturaleza sexual del comportamiento del recurrente ni el requisito subjetivo o tendencial que exige el delito de abuso sexual.

## Los delitos vinculados

Según las Sentencias analizadas, en el 80% de los casos, no existen delitos vinculados. En el 20% restante existen vinculados el delito de lesiones, como delito leve o como falta de lesiones (destipificada en el CP de 2015) que se da en un porcentaje alto vinculado a la agresión sexual y a los abusos sexuales.

En las sentencias estudiadas, las agresiones sexuales suelen ir vinculadas al delito o falta de lesiones en mayor medida que cuando se produce una sentencia condenatoria por abusos.

Las lesiones causadas en los casos sentenciados como agresiones y abusos tienen que ver con el uso de la violencia por parte del agresor para conseguir doblegar la voluntad de la víctima:

En los casos de sentencias condenatorias por abusos, observamos que las lesiones se producen como consecuencia de varias conductas. En el caso que recoge la SAP B 14035/2016 vemos que las lesiones causadas al menor tienen que ver con la detención ilegal por la que también se condena al acusado, por darle golpes para obligarle a andar, así como retenerlo una vez en el lugar en el que se produjo el abuso.

Seguidamente a las lesiones, el delito vinculado que más se aprecia en las sentencias analizadas es el del maltrato en el ámbito familiar. Otro delito vinculado que se ha encontrado en las sentencias analizadas es el de provocación sexual (art. 183 bis C.P.).

Asimismo hay otros delitos que circunstancialmente están relacionados con los delitos sexuales y que se pueden citar a modo ilustrativo, tales como: robo con intimidación (SAP M 15188/2017), corrupción de menores, exhibicionismo, abandono de menores, apropiación indebida, entre otros.

## III. La violencia institucional en el procedimiento judicial

### 23. El procedimiento

#### Tiempo transcurrido entre la agresión y la sentencia

Por lo que concierne a la fecha de los hechos que se enjuiciaron durante los años 2016 y 2017, la mayor parte de ellos sucedieron 3 años antes (36 meses), específicamente el 47,31% de los casos. Por otra parte, tan sólo en un 10,18% de las sentencias analizadas, los hechos encausados sucedieron dentro de los 12 meses anteriores.

Teniendo en cuenta la fecha de denuncia y la fecha de sentencia, nos encontramos con unos resultados muy similares. Han pasado más de 36 meses en 18 sentencias de un total de 50.

En todo caso, la práctica judicial debería abogar por la celeridad. Se debería acentuar la tendencia a reducir

los plazos procesales, en especial cuando están en juego tanto determinados derechos fundamentales como la persona en sí.

Asimismo, conviene recordar que se trata de delitos semipúblicos por lo que la continuidad del proceso y, por ende, su dilación en el tiempo no queda supeditada a la voluntad de la parte denunciante, sino estrictamente al órgano judicial. Ello determina que la dilación en el proceso que revictimiza a las mujeres es responsabilidad única de la justicia. Además este extremo ha de ser contrastado con la existencia de la atenuante de las dilaciones indebidas, en razón que este alargamiento de los plazos, imputable a la justicia, repercute en la víctima perjudicialmente (en tanto no brinda una seguridad jurídica y la revictimiza en cada instancia procesal), y en el agresor favorablemente (en tanto configura un atenuante para su pena).

### 24. La finalización del proceso

#### Sentencias condenatorias versus absolutorias

Del conjunto de sentencias estudiadas destaca que un 65,87% son condenatorias frente al 31,14% que apuestan por la absolución del presunto agresor. Dentro de las sentencias condenatorias, el fallo se declina hacia el abuso sexual tipificado en el art. 183.1CP. La agresión sexual contemplada en el art. 180.2 CP y el abuso sexual recogido en el art. 182.2 CP son los delitos por lo que menos se castiga. En este sentido, se debe tener en cuenta que tanto el Ministerio Fiscal como, en su caso, la acusación particular, en su calificación jurídica de los hechos solicitaban la misma tipificación que la establecida en la calificación de las sentencias, aunque solicitaban una condena mayor, lo que rara vez es compartido por el órgano sentenciador.

Teniendo en cuenta la similitud existente a la hora de establecer la calificación jurídica, conviene recordar el artículo 117.1 de la Constitución el cual establece la independencia del Poder Judicial y el alto valor atribuido que implica dicha individualización. A pesar de que suelen ir de la mano, Ministerio Fiscal y Jueces son dos cuerpos diferenciados y el juez debe dictar sentencia conforme a derecho, aunque no se ajuste a las normas morales y/o éticas de su colectivo o afines.

Los años de condena fluctúan entre el año (SAP AL 988/2016, SAP J 1121/2016, SAP B 14035/2016, SAP M 14362/2017, SAP M 14203/2017) y los más de 20 años (SAP B 1520/2017)

En lo que respecta a la absolución, los motivos estrellas son la aplicación del principio de presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

#### Agravantes

En referencia a las agravantes, éstas están recogidas en el art. 22 CP. Del conjunto de sentencias revisadas, sólo se han aplicado agravantes en un 4,83% y dentro de las agravantes, sólo se han aplicado la de ejecutar

el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente:

En relación con la circunstancia mixta de parentesco, ésta puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (23 CP).

El artículo no determina cuando se aplicará como atenuante o bien como agravante por lo que la jurisprudencia ha valorado el bien jurídico protegido y ha considerado que producirá efectos atenuantes en los delitos contra el patrimonio siempre que no se hayan perpetuado con violencia o intimidación y, por el contrario, actuará como agravante en los delitos contra las personas, la libertad y la libertad sexual.

Sólo la encontramos en un 6,94% (10 casos) y, en todo caso, ha actuado como agravante de la responsabilidad criminal. Este porcentaje resulta irrisorio si tenemos en cuenta que en un 31% de los casos analizados, los agresores eran personas del entorno familiar, es decir, padres, abuelos o tíos.

### Las penas alternativas

Nuestro sistema penal está orientado hacia la resocialización y reeducación del reo (art. 25 CE y art. 1 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) y con el fin de evitar el estigma que provoca el ingreso en prisión, hallamos las medidas alternativas. Son las siguientes:

- Trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49CP): consiste en la cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Para su aplicación es imprescindible el consentimiento del penado.
- Localización permanente (art. 35 y ss CP).
- La multa (art. 50CP): consiste en una sanción pecuniaria y, por regla general, se impondrá por el sistema de días-multa. Es necesario que la pena no supere los dos años de privación de libertad. Tiene dos grandes ventajas, por un lado, no tiene efecto desocializante y, por otro, genera ingresos al Estado. El inconveniente lo encontramos en el posible quebrantamiento del principio de igualdad o el de personalidad vinculados al principio de capacidad económica.

El juez/la jueza también podrá imponer determinadas reglas de conducta como la prohibición de acudir a determinados lugares o de comunicación y/o aproximación a la víctima/familiares/personas determinadas o la participación en programas formativo, laborales, educación sexual.

Las penas accesorias están recogidas en los art. 54 y ss. del CP. Impera la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (del total de sentencias condenatorias, se aplica en un 77, 19%). También se han aplicado la prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima.

Si desgranamos las penas accesorias, nos encontramos con: Prohibición de aproximación a la víctima por tiempo de 6 meses a 5 años que se ha aplicado en un 48,25%; prohibición de aproximarse a la víctima por tiempo superior a cinco años que se ha encontrado en el 35,96% de las sentencias condenatorias.

En cuanto a los metros de aproximación a la víctima, oscilan entre los 25 metros (SAP GI 171/2016) a un máximo de 1000 metros.

En relación con el tiempo de la aproximación, va desde los 19 años a los dos años:

- Prohibición de comunicarse con la víctima por tiempo de seis meses a cinco años. Se ha establecido en un 46, 49% de las condenas.
- Prohibición de comunicarse con la víctima por tiempo superior a cinco años. Se halla en un 34,21% de los fallos condenatorios.
- Privación de la patria potestad. Tan sólo se ha aplicado en un 2.63% :
- Suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. Sólo se ha encontrado en la SAP M 2470/2017: “[...] Se le impondrá al acusado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y ejercicio de profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad por un periodo de 3 años”.
- Inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Como referencia tenemos la SAP M 15363/2016 “[...] condena durante 4 años y 6 meses de prisión... e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de médico durante el tiempo de la condena” o la SAP B 13100/2017: “[...] pena de inhabilitación para ejercer la profesión de instructor de autoescuela o cualquier otra relacionada con la docencia durante 9 meses”.

Las cuestiones que surgen son varias: ¿Los metros de prohibición de aproximación, son suficientes?, ¿Qué pasa si residen, trabajan o estudian en el mismo edificio o en fincas colindantes?, Si la superviviente “ha perdonado” y existe un contacto, ¿quién es el culpable del quebrantamiento? El debate está servido.

La libertad vigilada es una medida de seguridad consistente en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente (art. 106 CP) de imposición obligatoria en los casos de violencia sexual a tenor del art. 192 del CP.

El debate presentado en el punto anterior se vuelve a revelar en esta ocasión ya que tampoco se ha tenido en cuenta, para evaluar su ejecución, la valoración de las víctimas. Las medidas se basan en un juicio de probabilidad (de cumplimiento, de reincidencia...) por lo que la rúbrica “Medidas de seguridad” puede resultar osentoso y poco apropiado.

En conclusión, ya se hable de penas privativas de libertad, medidas alternativas o penas accesorias, en todo caso, la “intensidad de la pena debe ser valorada en un contexto de proporcionalidad con otros bienes jurídicos” (Bodelón, 2014: 137). Y, en este sentido, tanto los operadores jurídicos como la sociedad en general han visualizado que la superviviente es parte fundamental del proceso y, en esencia, ella es el máximo bien digno de protección. Quizá es hora de plantearse una nueva reforma del texto legal, que estaría justificada por la realidad social que impera y que suplica una nueva política criminal basada en la prevención, información, intervención, formación y acompañamiento de las víctimas a lo largo de todo el iter procesal.

## 25. La responsabilidad civil derivada del delito. La reparación del daño

En el Código Penal el artículo 109.1 establece que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes los daños y perjuicios por él causados.” Supone eso que el condenado por un delito debe asumir la reparación del daño que la conducta delictiva haya producido.

La legitimación para reclamar la reparación del daño corresponde a la víctima así como al Ministerio Fiscal. El artículo 108 del Código Penal establece que, salvo que la víctima renuncie expresamente a su reclamación o se reserve el derecho a reclamar para ejercitarlo en un procedimiento civil, el Ministerio Fiscal puede reclamar para la víctima (esté personada en el procedimiento o no) la indemnización como responsabilidad civil: “la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular, pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”.

Los daños morales se nombran, se relacionan, se determinan conceptualmente, pero no están legalmente cuantificados o baremizados como sí lo están los daños físicos por ejemplo, en los casos de accidentes de circulación, en los que existe publicado y actualizado anualmente un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

De ahí que los jueces/las juezas sólo vengan limitados por las pretensiones de las partes y por criterios difusos de racionalidad social, de prohibición del injusto resarcimiento, que no dejan de tener un componente

subjetivo muy elevado por lo abstracto de los propios términos.

Se encuentran así, disparidad de indemnizaciones, y la imposibilidad de vincular quantums indemnizatorios diferentes en casos de agresiones y en casos de abusos, quizá también por el propio absurdo de la diferenciación de estos dos tipos penales.

Pero también hay ejemplos en los que a pesar de constatar acreditado dicho sufrimiento, sorpresivamente se desvincula el mismo del hecho delictivo y parece circunscribirse en la personalidad en este caso del menor, que no tiene que ver con el hecho en sí. El agresor es condenado por 3 abusos sexuales continuados (a dos amigos menores de su hijo) y un abuso sexual con prevalimiento (sobre su hijo menor) (SAP B 11152/2016)

Podría concluirse que deberían reclamarse dos tipos de indemnización, una por los daños morales exclusivamente, los no patrimoniales, y otra por los daños materiales y físicos que incluya no sólo las lesiones físicas como hemos visto en las Sentencias analizadas, heridas, roturas, golpes, fisuras, etc., sino también el coste de los tratamientos psíquicos, el coste a nivel familiar que supone la agresión, el coste a efectos laborales que tiene la agresión como por ejemplo tener que abandonar “por voluntad propia” el trabajo en los casos en que la violencia es ejercida por un desconocido siendo excluida la víctima de los derechos reconocidos a las víctimas de violencia de género de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En las sentencias analizadas vemos que las condenas suelen comprender el reconocimiento de una cantidad que corresponde a las lesiones físicas (heridas, roturas, golpes, fisuras, etc) y otra cantidad que corresponde a los daños morales. Y en esta cantidad correspondiente a los daños morales parece que se está incluyendo, porque no se recoge en ningún otro concepto, no sólo ese daño de difícil valoración como es el daño moral estricto sino también otros conceptos como coste de los tratamientos psicológicos y repercusiones varias que tiene la agresión en la vida de la víctima. Si bien esta deducción no puede afirmarse con rotundidad puesto que, a nivel jurisprudencial no queda claro si el daño moral corresponde únicamente a la indemnización por el dolor, el padecimiento y el sufrimiento que el ilícito ha causado, o además de esos conceptos está indemnizando también costes de terapias, tratamientos psicológicos, y consecuencias directas del daño en la vida de la víctima o no.

Y esto es importante ya que las condenas por agresiones y abusos sexuales que vemos son miserables. Entre el 58 y el 60% de las agresiones y abusos tienen reconocidas indemnizaciones por daños morales inferiores a los 6.000€, siendo prácticamente el 42% de ellas inferiores a los 3.000€.

Con estas cantidades tan nimias se está minimizando el daño sufrido, se relativiza hasta llevarlo a un segundo plano, dando la sensación en ocasiones que los años de prisión a los que se condena al agresor compensan el daño moral que sufre la víctima. Se obvia así que el daño moral de la víctima puede durar toda la vida, que la agresión puede condicionar su vida sexual, sentimental, laboral, familiar. Por ello las indemnizaciones por daño moral deben incluir el coste de lo que a la víctima le supone mitigar esa afectación de los sentimientos, ese daño moral que además de afectar a sus sentimientos, a su interior, afecta inexorablemente a su exterior, y por lo tanto debe incluir también una previsión del coste que le supondrá recomponer su vida a todos los niveles, conceptos que sí son cuantificables.

En las Sentencias analizadas se observa que si bien, los parámetros que la jurisprudencia fija para la valoración del daño moral son la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones, se concluye que dicha la cantidad que deberá recibir la víctima de su agresor en concepto de daño moral, queda totalmente a criterio del juez. Sí que es generalizado el escaso importe de las indemnizaciones fijadas, concluyendo que los importes a los que se condena, en un 42% inferiores a 3.000.-€, no resarcen el verdadero daño moral que sufre la víctima.

Respecto de la renuncia de la indemnización por responsabilidad civil concedida, en un 6,06% de los casos se renuncia expresamente a la misma. Por otra parte, es menester resaltar los datos que se advierten del número total de sentencias analizadas: el 46,39% no hace alusión a indemnización alguna. El aparente olvido de la reclamación pecuniaria ya sea por parte del Ministerio Fiscal, o de la acusación particular, y especialmente del órgano juzgador no puede ser obviado. Este dato permite afirmar que la justicia continúa haciendo hincapié en la imposición de la responsabilidad penal del acusado y no así en la órbita de reparación al daño sufrido por la víctima.

#### IV. LOS MITOS EN EL PROCEDIMIENTO

Es importante reconocer, desnaturalizar y visibilizar los roles y estereotipos que están presentes en la redacción de la ley penal como en la tarea juzgadora ya que este relato es generador de mandatos y obligaciones impregnados de roles de género existentes en el imaginario social. Por lo tanto, es necesaria una aproximación al concepto de libertad e indemnidad sexual despojada de tales prejuicios, para lo cual es fundamental la detección de tales conductas.

La etapa de interpretación jurisprudencial y de aplicación de las normas contribuye a la construcción de roles y estereotipos de género razón por la cual se abor-

darán algunos mitos y creencias frecuentes entorno a los delitos de índole sexual, con el objeto de contribuir a su visibilización y en consecuencia propugnar una igualdad de género material y tangible.

#### 26. El agresor y los mitos

De las 167 sentencias analizadas de las tres comunidades autónomas, en su totalidad los agresores son hombres. Este dato luego será analizado en relación a la identidad de género mayoritario de las víctimas (mujeres), ya que cobra importancia en cuanto en la ley penal los ofensores y las víctimas aparecen despojados de un género concreto bajo el objetivo de contribuir a la igualdad formal, pudiendo mujeres y hombres ser sujetos pasivos y/o activos aleatoriamente. Se invisibiliza la diferencia trascendental existente relativa al hecho de que la mayoría, o casi la totalidad de este tipo de delitos son cometidos por hombres, lo que es demostrado por el aporte de la casuística de las sentencias.

Con relación a la edad, el 95,81% de los agresores es mayor de edad. Cabe destacar que un 45% se encuentran entre los 19 y los 49 años. No obstante las edades de los agresores alcanzan a sobrepasar los 70 años.

Asimismo, la mayoría de agresores, que detentan entre 19 y 49 años, son mayores en edad que sus víctimas, especialmente en los casos de abuso sexual, donde se demuestra que el ardid utilizado es el prevalimiento propio de una relación de confianza basada entre otras cosas, en una edad superior.

Los datos relativos a la nacionalidad han arrojado que del total de sentencias analizadas, hay un total de 42% de agresores españoles mientras que hay un 4% de agresores europeos y un 29% de agresores no europeos. No se puede dejar de lado que en un 23% de las sentencias la nacionalidad de los agresores no estaba especificada para no caer en una sobrerrepresentación de extranjeros en la comisión de los delitos contra la libertad sexual.

#### La víctima

27. De las 167 sentencias analizadas se constata que casi el 87% de las víctimas de delitos sexuales son mujeres. Este extremo ha de ser analizado a la luz de la identidad de género de los agresores la que es masculina en su totalidad.

El abuso sexual infantil en general no se denuncia en el momento en que el abuso se produce, y muchas veces ni siquiera se denuncia. La denuncia tardía en el abuso no es inusual, ya que las víctimas suelen mantener el secreto propuesto por el agresor, porque temen que éste se dé cuenta, o bien porque no tienen consciencia de que están siendo explotados o abusados hasta una edad más adulta.

En las sentencias analizadas un dato sumamente alarmante lo constituye el hecho de que en un 61,08% la



víctima es menor de edad, mientras que en un 38,92% la víctima es mayor de edad.

Este dato está íntimamente ligado al de las relaciones entre agresor y víctima, las que serán analizadas en detalle en otro acápite, pero que por lo pronto permiten evidenciar un alto índice de casos en los que hay relación previa al delito, y especialmente en los que hay relación de parentesco cercana con la víctima. En estos casos las víctimas suelen ser menores de edad. Los ataques sexuales pueden ser perpetrados por miembros de la familia, amigos de la familia, novias y novios, adultos por Internet y personas en posición de confianza o autoridad, como maestros y sacerdotes, y son casi siempre hombres.

Se percibe que la mayor cantidad de los delitos sexuales contra menores de edad denunciados son calificados como abusos sexuales, y no como agresiones. Ello obedece a la división penal existente que funda la existencia de la agresión sexual en la violencia e intimidación y del abuso sexual en el prevalimiento. En este sentido, hay una gran probabilidad de que en las violencias sexuales perpetradas dentro de entornos familiares no se requiera una “intimidación” precisamente, sino que baste con la posición de autoridad que ocupan algunos miembros en la familia, que legitiman algunos actos por la aceptación propia de la etapa de aprendizaje de las niñas y niños.

Uno de los criterios que se tiene en cuenta para la clasificación de los delitos sexuales es la intensidad de la imposición frente a la decisión libre de la víctima (Asúa, 2008): “La violencia e intimidación van a conformar el delito de agresión sexual, como modalidad de mayor gravedad, mientras que la imposición sexual mediante prevalimiento de situación (...) es considerada “abuso sexual”, modalidad de menor entidad.” Asimismo, el grado de contacto sexual es otro de los criterios utilizados para agravar el tipo de agresión y de abuso sexual. Como apunta Asúa, el entrecruzamiento de ambos criterios hace prevalecer “lo carnal” por sobre la declaración de “libertad sexual”, lo que torna algo contradictorio el precepto de tutela al bien jurídico penal “libertad sexual”, pues, según opina la autora mencionada, la lesión al ámbito de libertad de la víctima se consuma desde el momento en que se le impone un acto de connotación sexual y se le obliga a tolerarlo, independientemente del grado de contacto corporal que exista. Todo ello al menos conlleva a cuestionar la diferencia de ambos supuestos (abuso y agresión) una vez que el desvalor básico de la conducta típica queda situado en la vulneración de la libertad (Asúa, 2008).

De acuerdo a este precepto, se encuentran sentencias donde la frontera entre la agresión y el abuso no es nítida, constituyendo este último tipo, una variable de pena de menor entidad con relación al primero. Es de relevancia destacar que el concepto de “intimidación”, construido desde el paradigma del “agresor desconocido” dificulta valorar las situaciones de coacción

en entornos familiares (donde como se ha explicado, prevalecen las calificaciones de “abuso sexual”). Como consecuencia, en los casos de hostigamiento en espacios familiares, de parejas, o ex parejas, la imposición de relaciones sexuales, paradójicamente es calificada con el tipo más benigno (abuso sexual).

Cobran especial relevancia los comportamientos que se van perfilando propios de lo que se denomina “víctima ideal”. Se trata de conductas esperables de la víctima en un escenario de violencia sexual, construidas en torno a creencias relacionadas con estereotipos de género y con el estereotipo de agresión sexual.

“Las mujeres acostumbran a ser víctimas de delitos y no tanto quienes los cometen, atribuyéndoseles el estatus de víctima, para el cual es indispensable la proclamación continuada de su “inocencia” y “pasividad”. En contraposición, aquellas mujeres que rompan con este hecho esperado, se las colocará en el otro lado de la dicotomía, el de las pérfidas” (Macaya, 2013). Por ende, en las sentencias se observa cómo subyacentemente opera esta creencia al dotar de legitimidad a aquellas conductas que coincidan con los atributos de feminidad, tanto antes, durante como después de la agresión.

Por otra parte, el estereotipo de “agresión sexual” que tiene como centro de imagen el del agresor ajeno también se establece como parámetro para medir la conducta de la víctima, aun cuando se ha visto que una gran parte de las violencias sexuales detectadas son constitutivas de abusos sexuales perpetrados por personas conocidas (familiares, amigos, parejas, etc.) aunque sean ejecutadas con violencia e intimidación.

## Los hechos

28. Durante el siglo XX los llamados “delitos contra la honestidad” se comienzan a cuestionar hasta que en el Código Penal de 1995 el bien jurídico protegido pasa a ser la libertad sexual (y la indemnidad sexual en los casos de personas bajo la edad de consentimiento), lo que representó o debió representar un cambio de paradigma en la comprensión de las violencias sexuales.

Actualmente, la estructura de delitos en el Código Penal responde a dos criterios para dar lugar a una clasificación en orden de gravedad. Por un lado la intensidad de la imposición delante de la víctima que ya se ha analizado, que divide a los delitos entre agresiones y abusos sexuales, sobre la base de existencia o ausencia de “violencia o intimidación”. Por otro lado, se considera el grado de contacto sexual, atento que se considera más grave aquellos casos en que hay “penetración”.

El primero de los criterios está recogido en el Título VIII del CP de 1995 que divide a los delitos en tres capítulos: agresiones sexuales (178 a 180), abusos sexuales (181) y agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años (183 a 183 quater). Con relación a las agresiones sexuales, la ley ha optado por una definición general

amplia que admite modalidades antes no contempladas. Se entienden que constituyen ataques a la libertad sexual no solo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el hecho de obligarla a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre ella misma o sobre un tercero.

Sin embargo en el análisis de los hechos no siempre es clara la adecuación al tipo de agresión sexual o de abuso sexual, basándose en la existencia o no de violencia e intimidación. Pero por el contrario, se ha detectado que la tipificación en una u otra figura está íntimamente relacionada a la relación preexistente entre el agresor y la víctima (es decir si son conocidos o no) y con el contexto y lugar en que suceden los hechos (si es un lugar privado o público, entorno rural o urbano).

Entonces, a la hora de ser juzgadas las conductas llevadas a cabo por los agresores, hay una serie de requisitos subyacente en el imaginario social y judicial respecto de lo que se entiende tradicionalmente por abuso y por agresión sexual. Para ello, es menester analizar la casuística de los hechos y detectar los preconcep-tos que continúan perfilando las nociones de agresión y abuso sexual.

### Relación entre víctima y agresor.

A priori, a partir del análisis de las sentencias, es necesario observar que de los 167 casos hay solo un 28,14% en que el agresor y víctima son desconocidos, restando un 71,86% en que ya existe una relación previa entre los mismos.

Cabe destacar que el análisis confirma lo que señalan las encuestas y estadísticas más generales: las agresiones y abusos son frecuentemente ejercidos por conocidos, amigos y familiares. Lo que en realidad pasa es que el miedo y la vergüenza obstaculizan la visibilización de estas violencias (Igarada, 2011).

Por otra parte, del 71,86% de casos (120) en que víctima y agresor se conocen previamente, hay aproximadamente un 31% (52 casos) en que los agresores son padres, abuelos, tíos, parejas y exparejas, es decir, personas del entorno familiar más cercano, las que habitualmente habitan en el mismo espacio que la víctima. En los restantes 68 casos los agresores son amigos, compañeros de trabajo, profesionales de la enseñanza, conocidos de relaciones esporádicas, etc.

Si bien en el imaginario social continúa vigente el mito de que para que exista un delito de agresión sexual es un extraño el que debe atacar la libertad sexual de la víctima, la casuística permite observar que una gran cantidad de casos de violencia sexual que es ejercida por las personas más cercanas. Así Cantón - Cortés, D. explica: “La mayoría de los abusos sexuales a niños y los más graves suelen cometerse dentro del contexto familiar o de su entorno próximo, es decir, los agresores son con frecuencia parientes y conocidos (Briere y

Elliott, 2003; Fanslow et al., 2007; Leahy, et al., 2004; Pereda y Forns, 2007; Speizer et al., 2008), siendo relativamente baja la tasa de abusos cometidos por extraños (Gallagher et al., 2008; Speizer et al., 2008). Por ejemplo, en un estudio con una muestra representativa de adultos norteamericanos, Briere y Elliott (2003) informaron que un 46.8% de los abusos sexuales los había cometido alguien de la familia inmediata o extensa”.

Esta idea generalizada dificulta la percepción de gravedad de otras formas de agresión sexual, algunas largamente toleradas o minimizadas (Asúa, 2008). Cuando el agresor es una persona ajena al ámbito de relaciones de la víctima, la prueba de la intimidación ejercida resulta más viable.

Además el requisito de la ausencia de incredibilidad subjetiva parecería reforzar la idea del agresor extraño, toda vez que en estos casos ya se descarta la posibilidad de venganza u otro móvil que pudiera llevar a la mujer a denunciar una agresión sexual.

Todo ello contribuye a sostener y consolidar la existencia de una agresión sexual prototípica con determinados elementos (agresor ajeno y/o extraño, resistencia de la víctima, modelo ideal de víctima, etc.) que no actúan únicamente como modelo descriptivo, sino como figura prescriptiva, erigiéndose como parámetro de situaciones que quedan incluidas o excluidas de dicho modelo. Es decir, aquellos comportamientos que no entran dentro de este estereotipo tendrán menos probabilidades de ser considerados y penados como agresiones sexuales.

### Lugar de la agresión

En el estudio surge que de las sentencias analizadas, los hechos se dan en un 31,14% en el domicilio del agresor, en un 14,97% en el domicilio familiar, y en un 5,99% en casa de la víctima. El mito de que “la familia es siempre un lugar seguro” se desvanece nuevamente al observar estos datos. Cabe aclarar que si se consideran la cantidad de casos de violencia sexual intrafamiliar, en muchos casos el domicilio familiar o de la víctima coincide con el del agresor.

Asimismo dentro de la categoría de “otros espacios” se aprecian otros sitios relacionados tales como vehículo del agresor, lugar de trabajo del agresor, interior del edificio donde vive el agresor.

Los espacios hasta ahora mencionados corresponden al espacio privado que permanece ajeno a las miradas de terceros, y que en los delitos de violencia sexual tiene especial relevancia por su propia naturaleza, en tanto se trata de actos cometidos a espaldas de terceros. Este dato ha de ser contrastado con el de la ausencia de testigos presenciales. De las sentencias analizadas en un 72% no existe prueba de testigos producida en juicio. Y en el 28% restante los testigos suelen ser “de referencia”, personas a las que se les han contado los hechos previamente a la radicación de la denuncia.

Solo en un 8,98% se ha detectado que las agresiones se den en espacios públicos: en la calle, en parques, playas, entradas a parking, transporte público y espacios de ocio nocturno.

Si bien los datos no son exactos toda vez que hay sentencias en las que no se especifica el lugar de los hechos (33,53%), la casuística demuestra que los delitos

sexuales son especialmente ejecutados en espacios privados. Este extremo ha de ser analizado especialmente para desmontar el mito del agresor sexual extraño y ajeno a la víctima que ataca en despoblado, que continua actuando como condicionante en la aproximación al problema y dificulta la detección y un correcto tratamiento.



## Bibliografía

- ALARCÓN, Lourdes et al. (2010):** Características psicosociales y judiciales de los menores implicados en denuncias de abuso sexual: cien casos valorados por el equipo de asesoramiento técnico penal de Barcelona. Documentos de trabajo - Investigación (Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada). Disponible en: [http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/97288/SC\\_3\\_169\\_10cast.pdf?sequence=1](http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/97288/SC_3_169_10cast.pdf?sequence=1)
- ASÚA, Adela (2008):** “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales” en Patricia Lorenzo Copello, María Luisa Maqueda Abreu, Ana María Rubio Castro (coords.), Género, violencia y derecho, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 131-170.
- ASÚA, Adela (1998):** “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, Vitoria - Gazteiz: Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, pp. 47-101.
- BODELÓN, Encarna (2014):** “Violencia institucional y Violencia de Género”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, pp. 131-155.
- CANTÓN - CORTÉS, David (2013):** “Prevalencia y características de los abusos sexuales a niños”, Universidad de Málaga, España. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-PrevalenciaYCaracteristicasDeLosAbusosSexualesANin-4714189.pdf>
- CARUSO FONTÁN, María Viviana (2006):** Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- CASTRO GONZALEZ, María Esther et al. (2009):** “Perfil psicopatológico de agresores sexuales” en Cuadernos de Medicina Psicosomática y psiquiatría de enlace, 89-90, pp. 30-39. Disponible en: <http://www.editorialmedica.com/download.php?idart=339>
- CEAR (2009):** La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2009. Madrid: Entitema. Disponible en: <http://cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-2009-de-CEAR.pdf>
- CEAR (2014):** La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2014. Madrid: Entitema. Disponible en: <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-CEAR-2014.pdf>
- CID, José (2010):** “La Política Criminal Europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad Española: Una brecha que debe superarse”, Estudios Penales y Criminológicos, 20, pp. 50-83.
- CUSACK, Simone (2014):** Eliminating Judicial Stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases, Final paper submitted to the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights.
- DONES JURISTES (2013):** Informe: Drets de les dones adolescents davant la violència masculista en les relacions de parella i situacions anàlogues. Disponible a [http://dones.gencat.cat/web/.content/04\\_temes/docs/informe\\_drets\\_dones\\_adolescents.pdf](http://dones.gencat.cat/web/.content/04_temes/docs/informe_drets_dones_adolescents.pdf)
- EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA) (2014):** La violència contra les dones: una enquesta a tota la UE. Inici informe de resultats. Disponible en: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14en.pdf>
- FARALDO, Patricia (2014):** “Acusados: violación, género y Derecho Penal” en Tomás Salvador Vives Antón, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Alberto Alonso Rimo, Margarita Roig Torres (coord.). Crímenes y castigos: miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 293-304).
- FERNANDEZ LABORDA, Antonio (2013):** “Del inmigrante al sin papeles. ¿La visión jurídica como solución para la deontología periodística?”, Pórtico Legal, Disponible en: [https://porticolegal.economista.es/pa\\_articulo.php?ref=418](https://porticolegal.economista.es/pa_articulo.php?ref=418)
- GARCÍA RUIZ, Yolanda (2007):** Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. Madrid: Fundación Alternativas. Disponible en: <http://www.africafundacion.org/africal+D2009/documentos/mutilacionyolandarui.pdf>
- GONZÁLEZ AMADO, Bárbara (2017):** “Evaluación forense de la credibilidad del testimonio y sintomatología internalizante en delitos cometidos en la esfera privada”, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela. Disponible en: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/16194>
- IGAREDA, Noelia (2011):** “La voz de las estudiantes. Las violencias sexuales en el ámbito universitario” en Ricardo Rodríguez y Encarna Bodelón (coords.): Las violencias machistas contra las mujeres, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona - Servei de Publicacions, pp. 29-40. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/196959?ln=ca>
- LARROTA CASTILLO, Richard et al. (2013):** “Agresor sexual. Aproximación teórica a su caracterización”, Informes Psicológicos, 13 (2), pp. 103-120.

**LÍBANO, Arantza (2011):** “La delincuencia sexual y el papel de la víctima en el proceso penal”, en Ricardo Rodríguez y Encarna Bodelón (coords.) *Las violencias machistas contra las mujeres*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona – Servei de Publicacions, pp. 41-53. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/196959?ln=ca>

**MC CORQUODALE, Robert & SIMONS, Penelope C. (2007):** “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, *Modern Law Review*, 70 (4), pp. 598-625.

**PALACIOS, Patricia (2013):** “La violencia en contra de las mujeres”, en Nicole Lacrampette (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 277-334. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/101.pdf>

**TAMARIT SUMALLA, José et al. (2017):** “The judicial pursuit of the sexual victimization of children: How the criminal justice system processes cases”, *International Review of Victimology*, Vol. 23(2), pp. 123-144.

**VIELMA, Yoleida (XXX):** Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual. Disponible en: <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>



**Creación Positiva nació el 2001 en  
Barcelona y desde entonces hemos  
trabajado desde la perspectiva de  
género y por el cambio positivo y real  
en la vida de las personas.**

[www.creacionpositiva.org](http://www.creacionpositiva.org)



Material elaborado por

Financiado por

