



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 15 de octubre de 2020, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. El texto remitido viene acompañado de la Memoria del análisis de impacto normativo.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 22 de octubre de 2020, designó Ponentes de este informe a los Vocales Roser Bach Fabregó, Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[m]odificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial*", "*[f]ijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y magistrados*", "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*", "*[n]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales*", "*[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario*" y "*cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso,*



las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartados 1, 3, 6, 7, 8 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del APLO que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

7.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos, sesenta y dos artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y veintidós disposiciones finales, estructurados y rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

"TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales



- Artículo 1. Objeto y finalidad.*
- Artículo 2. Principios rectores.*
- Artículo 3. Ámbito de aplicación.*

TÍTULO I. Investigación y producción de datos

- Artículo 4. Investigación y datos.*
- Artículo 5. Órgano responsable.*
- Artículo 6. Fomento de la investigación en materia de violencia sexual.*

TÍTULO II. Prevención y detección

CAPÍTULO I. Medidas de prevención y sensibilización

- Artículo 7. Prevención y sensibilización en el ámbito educativo.*
 - Artículo 8. Prevención y sensibilización en los ámbitos sanitarios y sociosanitario.*
 - Artículo 9. Campañas institucionales de prevención e información.*
 - Artículo 10. Medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.*
 - Artículo 11. Prevención y sensibilización en el ámbito publicitario.*
 - Artículo 12. Prevención y sensibilización en el ámbito laboral.*
 - Artículo 13. Prevención y sensibilización en la Administración Pública.*
 - Artículo 14. Prevención y sensibilización en el ámbito castrense.*
 - Artículo 15. Prevención y sensibilización en instituciones residenciales y en lugares de privación de libertad.*
 - Artículo 16. Espacios públicos seguros.*
- CAPÍTULO II. Detección de las violencias sexuales*
- Artículo 17. Responsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales.*
 - Artículo 18. Detección y respuesta en el ámbito educativo.*
 - Artículo 19. Detección e intervención en el ámbito sanitario.*
 - Artículo 20. Detección e intervención en el ámbito sociosanitario y en el sistema de Servicios Sociales.*
 - Artículo 21. Detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado.*

TÍTULO III. Formación

- Artículo 22. Garantía de especialización profesional a través de la formación.*
- Artículo 23. Formación en el ámbito docente y educativo.*
- Artículo 24. Formación del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales.*
- Artículo 25. Formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*
- Artículo 26. Formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia.*
- Artículo 27. Formación en el ámbito de la abogacía.*



Artículo 28. Formación en el ámbito forense.

Artículo 29. Formación en el ámbito penitenciario.

Artículo 30. Formación del personal en el exterior.

Artículo 31. Medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos universitarios.

TÍTULO IV. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible

CAPÍTULO I. Alcance y garantía del derecho

Artículo 32. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 33. Derecho a la información.

Artículo 34. Servicios de asistencia integral especializada y accesible.

Artículo 35. Garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular.

Artículo 36. Acreditación de la existencia de violencias sexuales.

CAPÍTULO II. Autonomía económica, derechos laborales y vivienda

Artículo 37. Derechos laborales y de Seguridad Social.

Artículo 38. Programa específico de empleo.

Artículo 39. Derechos de las funcionarias públicas.

Artículo 40. Ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales.

Artículo 41. Acceso a la vivienda.

TÍTULO V. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Artículo 42. Actuación policial especializada.

Artículo 43. Investigación policial.

Artículo 44. Protección efectiva de las víctimas en riesgo.

Artículo 45. Colaboración policial.

TÍTULO VI. Acceso y obtención de justicia

CAPÍTULO I. Actuaciones fundamentales para la acreditación del delito

Artículo 46. Unidades de valoración forense integral.

Artículo 47. Práctica forense disponible, accesible y especializada.

CAPÍTULO II. Protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas

Artículo 48. Información y acompañamiento en el ámbito judicial.

Artículo 49. Protección de datos y limitaciones a la publicidad.

Artículo 50. Asistencia de Embajadas y Oficinas Consulares.

TÍTULO VII. Derecho a la reparación

Artículo 51. Alcance y garantía del derecho a la reparación.

Artículo 52. Indemnización.

Artículo 53. Prestación de orfandad.

Artículo 54. Completa recuperación y garantías de no repetición.

Artículo 55. Fondo para la recuperación de las víctimas.



Artículo 56. Reparación simbólica y dimensión colectiva de este derecho.

TITULO VIII. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica

Artículo 57. Estructura institucional.

Artículo 58. Colaboración para una intervención coordinada.

Artículo 59. Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

Artículo 60. Mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales.

Artículo 61. Recogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas.

Artículo 62. Evaluación de la aplicación de la ley orgánica.

Disposición adicional única. Aprobación de la Estrategia Nacional de prevención y respuesta a las violencias sexuales.

Disposición transitoria única. Aplicación de medidas.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

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

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

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

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

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

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

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

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

Disposición final novena. Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Disposición final décima. Modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Disposición final decimoprimer. Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Disposición final decimosegunda. Modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.



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

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

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

Disposición final decimosexta. Naturaleza de la presente ley orgánica.

Disposición final decimoséptima. Título competencial.

Disposición final decimoctava. Especialización en violencias sexuales.

Disposición final decimonovena. Asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.

Disposición final vigésima. Modificaciones reglamentarias.

Disposición final vigesimoprimera. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Disposición final vigesimosegunda. Entrada en vigor.”

8.- Asimismo, la Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN en adelante), que acompaña al Anteproyecto, con arreglo al Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aborda las siguientes áreas:

I.- Oportunidad de la propuesta, con cuatro apartados: el primero dedicado a la motivación de la propuesta, el segundo, a los objetivos perseguidos, el tercero, sobre las alternativas y el cuarto en relación a la adecuación a los principios de buena regulación.

II.- Contenido.

III.- Análisis jurídico, que a su vez consta de cuatro apartados:

1. Fundamento jurídico y rango normativo.
2. Congruencia con el ordenamiento jurídico español.
3. Entrada en vigor y vigencia.
4. Derogación de normas.

IV. Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias.

V. Descripción de la tramitación.



VI. Análisis de impactos. Dividido en impacto económico; efecto sobre la competencia en el mercado; análisis del impacto sobre las cargas administrativas; impacto en los Presupuestos Generales del Estado; impacto por razón de género; impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; impacto en la infancia y la adolescencia y otros impactos.

VII. Evaluación *ex post*, que habrá de realizarse conforme a los criterios establecidos en artículo 28.2 de la Ley 50/1997, y en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, de los que deriva la necesidad de analizar la eficacia, eficiencia, sostenibilidad y los resultados de aplicación de la norma.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

a) Sobre el fundamento jurídico y el rango normativo del Anteproyecto informado

9.- La MAIN, en el apartado primero del punto III, al tratar sobre el fundamento jurídico y el rango normativo del Anteproyecto, indica que este «[t]rata de desarrollar el contenido del artículo 14 de la Constitución dando cumplimiento al mandato del artículo 9.2 de la Constitución promoviendo las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

10.- En lo que respecta al rango normativo, tanto la MAIN como la Exposición de Motivos del texto proyectado parten de que la Constitución española declara en su artículo 1.1 que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, y que el artículo 10 de la Carta Magna reconoce la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 14 CE consagra el principio de igualdad y, dentro del Título I, Capítulo segundo, Sección primera, el artículo 15 regula el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

11.- A continuación, también en relación con el rango normativo del Anteproyecto, tanto la MAIN como, con idéntica redacción, la Exposición de Motivos aluden al artículo 53 CE («[s]olo por ley, que en todo caso deberá



respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos [fundamentales] y libertades [públicas]), y al artículo 81 («son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»).

12.- Añaden seguidamente que «[E]s claro que, al afectar el proyecto a derechos fundamentales y en la medida en que, además, modifica disposiciones de rango legal orgánicas como ordinarias, no procede la aprobación del conjunto del mismo mediante una ley ordinaria». Y en apoyo de tal afirmación, se cita el Dictamen del Consejo de Estado número 405/2015, de 13 de mayo de 2015, sobre el anteproyecto de Ley de Seguridad Nacional, en punto a la relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria y a la posibilidad, admitida por la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, de que una ley orgánica regule complementos normativos que quedan fuera del ámbito delimitado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos; posibilidad que, sin embargo, no cabe predicar del supuesto contrario, esto es, aquel en el que una ley ordinaria contiene “incrustaciones” de ley orgánica, por ser esta una técnica normativa que violenta diversos principios constitucionales y, singularmente, el principio de seguridad jurídica.

13.- En consideración a dicha doctrina, el texto proyectado se concibe bajo la naturaleza jurídica de una “ley orgánica parcial”, es decir, como aquella cuyo contenido tiene naturaleza de ley orgánica en alguno de sus preceptos y, por consiguiente, se beneficia de los atributos de la ley orgánica, mientras que el resto de aquellos, no obstante encontrarse dentro del mismo texto legal, tienen naturaleza de ley ordinaria y, en consecuencia, como tales, se regirán por los procedimientos y mayorías de las leyes ordinarias para su posible modificación o derogación.

14.- En refuerzo de dicha caracterización como “ley orgánica parcial”, se citan en la MAIN y en la Exposición de Motivos las SSTC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, y 212/213 y 214/2012, de 14 de noviembre, y con ellas se alude a la posibilidad, admitida en la doctrina constitucional, de que en una misma ley orgánica concurren materias estrictas de ley orgánica y materias conexas que, en principio, también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango establecido en el artículo 81.2 CE por exigencias del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE, si bien este régimen puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen materias conexas y pueden ser alterados por una ley ordinaria. Se incide, no obstante, en línea con la misma doctrina constitucional, en que para que una ley sea orgánica, su



núcleo debe afectar a materias reservadas a ley orgánica, por lo que no basta con un precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a la ley dicho carácter, y solo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico, y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter.

15.- En línea de principio debe significarse que, en lo que al fundamento jurídico del Anteproyecto se refiere, y atendido su objeto y contenido, no se encuentra exclusivamente en el desarrollo del derecho a la igualdad declarado en el artículo 14 CE, proyectado sobre la esfera de la libre determinación de los sujetos que forman el ámbito subjetivo de aplicación de la ley (mujeres, niñas y niños que hayan sido, o puedan ser, objeto de violencias sexuales, con especial significación de quienes sufran algún género de discapacidad o se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, cfr. artículos 3.2 y concordantes), sino que alcanza a otros derechos fundamentales cuyo desarrollo directo está constitucionalmente reservado a la ley orgánica, como son el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y el derecho libertad y a la seguridad (artículo 17 CE), en el bien entendido que, conforme pacífica doctrina constitucional, la libertad protegida por el artículo 17.1 CE es la libertad física, y el derecho consagrado en dicho precepto constitucional es el que tiene por objeto garantizarla, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 CE- (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, entre otras); de forma que la libertad tiene virtualidad para formar parte del contenido de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE –y por lo tanto, para ser objeto de protección a través del recurso de amparo- en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les confiere la categoría de derechos fundamentales incluidos en su Capítulo segundo del Título I, como son las libertades a que se refieren el propio artículo 17 y los artículos 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otras. En esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones «*[d]e la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles*» -es decir, manifestaciones de la “libertad a secas”- y los derechos fundamentales que garantizan la libertad, que «*[n]o tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de estas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean estas en la vida del individuo.*»

16.- La libertad sexual que da título y garantiza la ley orgánica proyectada, por tanto –e interesa hacer esta puntualización de cara a analizar su rango normativo-, no solo se relaciona con el contenido del derecho fundamental



consagrado en el artículo 14 CE sino que constituye también una específica modalidad de libertad que se imbrica en el contenido del derecho contemplado en el artículo 17.1 CE, más allá de formar parte de la libertad general de autodeterminación, ahora proyectada a la esfera sexual. Y, al mismo tiempo, alcanza transversalmente a otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral –y antes, desde luego, el derecho a la vida- (artículo 15.1), y los derechos reconocidos en los artículos 18.1,3 y 4, 20.1, 24.1 y 2, 25.1 y 2, y 27.2 CE; sin que esta transversalidad se identifique en todos los casos con el desarrollo en sí mismo del derecho fundamental que constituye el contenido propio de la reserva de ley orgánica ya que esta ha de interpretarse en sentido estricto y circunscribirse a los elementos esenciales para la definición del derecho como la titularidad, las facultades que lo hacen reconocible, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 173/1998, de 23 de julio, entre otras muchas).

17.- Expuesto lo anterior, y en trance ya de analizar el rango legal de la norma proyectada, cabe hacer, también en línea de principio, las siguientes consideraciones:

- a) Tal y como ha puntualizado la doctrina constitucional (cfr. SSTC 140/1986 y 159/1986), el rango de la norma aplicable, y en su caso el tipo de ley a que se encomienda la regulación de los derechos constitucionalmente reconocidos –ley orgánica o ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. En tal sentido, la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí mismo: el rango legal se convierte, por tanto, en garante constitucional del propio derecho (cfr. STC 140/1986), y el principio de legalidad pasa a integrarse en el derecho fundamental en el sentido de que su contenido reside en reclamar la regulación por ley, ya ordinaria, ya orgánica, del derecho constitucional.
- b) Admitida de forma pacífica que la distinción del rango, orgánico y ordinario, se asienta en criterios de ordenación del sistema de fuentes del Derecho, se ha de afirmar que no existe en rigor un “derecho al rango” de ley orgánica (STC 140/1986, FJ 6º), sin perjuicio de las excepciones que, en cuanto al principio de legalidad penal, pudieran derivarse de las garantías inherentes al derecho a la libertad y seguridad del artículo 17.1 CE y las vinculadas a ellas derivadas de los artículos 25.1 y 81.1 CE (cfr. STC 159/1986, FJ 2º). La razón por la que para el desarrollo de los derechos fundamentales se exija una norma con rango de ley orgánica no se encuentra en un pretendido



derecho al rango "orgánico", sino en que el rango de la disposición, con indicación de su autor y del procedimiento de elaboración, supone el establecimiento de un incremento de garantías para los derechos objeto de regulación (y de desarrollo directo).

- c) El ámbito de la reserva de ley orgánica está delimitado por un principio de especialidad que prefija el ámbito de la regulación, que no puede extenderse más allá de ese ámbito, sin perjuicio de la eventual incorporación de normas ordenadoras de materias "conexas" (SSTC 5/1981, FJ 21, y 137/1986, FJ 3).
- d) Constituye una premisa del principio democrático que toda mayoría cualificada, como es la prevista para la elaboración de las leyes orgánicas, debe mantenerse en términos de excepción a la regla (SSTC 5/1981, 127/1994, FJ3, y 212/1996, FJ 11). Ello exige que la referencia del artículo 81.1 CE a los derechos fundamentales, identificados por la doctrina constitucional con los contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución se entienda en términos estrictos. Solo así se evita que mayorías absolutas coyunturales congelen o petrifiquen abusivamente el ordenamiento y hagan indisponible su modificación a otras simples que les sucedan en ámbitos que no entren dentro de la repetida reserva. No basta, por tanto, con que una determinada exigencia dirigida al legislador se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquellos también el ámbito de la reserva de ley orgánica: el entendimiento estricto de esta reserva impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del desarrollo directo del precepto constitucional que reconozca el derecho fundamental, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los artículos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución. *«[E]l artículo 81 de la Constitución española se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas (...) no puede extremarse (...) ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental»* (STC 212/1996).

La reserva de ley orgánica no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de ese modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (STC 137/1986, FJ 3). Ahora bien, la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de tal forma que cualquier materia



ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango.

- e) Es posible, por tanto, que una ley orgánica comprenda y discipline materias conexas, aunque estas no requieran por sí la cobertura de ley orgánica. Surgen de este modo las leyes orgánicas con incrustaciones de ley ordinaria, donde la calificación del instrumento normativo como ley orgánica deriva de la valoración directa y primaria de la materia que constituye su contenido nuclear, y donde las previsiones conexas, necesarias para la corrección técnica de la norma, pero que no requieren por sí mismas de una ley orgánica, quedan insertas en esta y, en cuanto forman parte de ella como prescripciones coherentes para la adecuada expresión y articulación del mandato normativo, se someten, en fase de aprobación, a la votación final sobre el conjunto del proyecto conforme a las mayorías exigidas para la ley orgánica. Por tanto, una ley orgánica puede incluir como complemento necesario – *rectius*, como desarrollo natural- previsiones que, en principio, no se corresponden con la materia propia de dicha ley orgánica o exceden de la misma, siempre en términos estrictos, y en todo caso especificando el carácter no orgánico de tales preceptos (SSTC 15/1981, de 13 de febrero, y 76/1983, de 15 de agosto, Dictámenes del Consejo de Estado núm. 2.268/98, 2.486/98, 1945/2001, 172/2013 y 97/2015, y Memoria del Consejo de Estado de 1985).

18.- La disposición final decimosexta, relativa a la naturaleza de la ley orgánica proyectada, establece que «Las normas contenidas en el título preliminar y las disposiciones finales primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimeras tienen carácter orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta ley orgánica no tiene tal carácter».

19.- La disposición final primera tiene por objeto la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en concreto sus artículos 112, el apartado 3 del artículo 681 y el artículo 709. La disposición final tercera modifica la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en concreto, el párrafo m) del apartado 1 del artículo 31. La disposición final quinta tiene por objeto modificar diversas disposiciones del Código Penal. La disposición final séptima modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social, en tanto que la disposición final octava introduce modificaciones en los artículos 37 y 38, apartados 1, párrafo d), y en los artículos 66 y 68 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La disposición final novena modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en concreto el apartado 5 del



artículo 1, el apartado 1 del artículo 15 y del apartado 1 del artículo 16. Y la disposición final decimoprimeras modifica el apartado 1 del artículo 3, el apartado 1 del artículo 5 y su párrafo m), los apartados 1 y 3 del artículo 7, el artículo 10, el párrafo a) del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 23, los párrafos b) y d) del apartado 1 del artículo 25, el artículo 26 y el artículo 34 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

20.- A la vista de esta configuración de la naturaleza de la ley proyectada, cabe hacer al respecto las siguientes observaciones:

- i) El núcleo orgánico de la ley se sitúa, como se acaba de ver, en su título preliminar, que contiene los principios rectores sobre los que gravita la regulación que desarrolla, y en las disposiciones finales que se han mencionado. El resto de su contenido normativo carece de rango orgánico, y tiene el rango de ley ordinaria. La distinción y especificación del carácter, orgánico u ordinario, de las disposiciones normativas que conforman el contenido de la ley proyectada satisface, en términos formales, las exigencias de la doctrina constitucional y del Consejo de Estado que ha quedado expuesta más arriba, pero en términos materiales no responde a ella. Con independencia de la incorrecta atribución del carácter orgánico en unos casos, como se verá, se observa con facilidad que el grueso del articulado tiene carácter de ley ordinaria, lo que, por lo demás, en términos generales, y salvo contadas excepciones, se corresponde con la reserva de ley orgánica. Dejando para más adelante el examen del Título Preliminar, las disposiciones finales afectan a la repetida reserva ya que tienen por objeto la modificación de diversas leyes para dar carácter integral de la ley proyectada y hacer efectiva su vocación de transversalidad. Ello incide tanto en el rango de la ley o disposición que va a ser objeto de modificación como en su contenido, especialmente aquel de naturaleza penal y punitiva. Con independencia de lo que más adelante se dirá, también, respecto de esta técnica normativa y sobre otras alternativas posibles, la asignación del carácter orgánico de la ley en atención al carácter orgánico de las disposiciones finales que modifican leyes situadas extramuros de la propia ley proyectada, y, en último término, en razón del rango y contenido normativo de las disposiciones objeto de modificación, dificulta en grado sumo considerar que las disposiciones a las que se atribuye rango ordinario constituyen el *desarrollo natural* o el complemento de aquellas a las que se confiere rango orgánico, que, por lo demás, se sitúan fuera de la ley proyectada.



- ii) Lo anterior cobra mayor relieve si se observa que algunas de las disposiciones por las que se modifican ciertos preceptos de distintas leyes afectadas por el carácter integral y transversal de la ley proyectada no responden al contenido propio reservado a la ley orgánica, y el rango orgánico tampoco viene impuesto por el de la norma a la que afecta la modificación en la que, según se ha razonado, pueden convivir y, de hecho, conviven contenidos reservados a la ley orgánica y otros conexos con ellos. Por tal motivo, es necesaria una cuidadosa labor de contraste a fin de comprobar que, efectivamente, las previsiones que se tomen de esas otras leyes orgánicas quedan o no en el ámbito propio y estricto de las mismas. Así, no debe merecer duda alguna el carácter orgánico de las normas del Código Penal que son objeto de modificación y, por tanto, de la disposición por la que se introducen dichas modificaciones. Sin entrar a valorar aquellas posiciones doctrinales que abogan por diferenciar contenidos de la normativa penal integrados en la reserva de ley orgánica de aquellos que no lo están, se ha de mantener aquí con carácter general que la reserva de ley orgánica comprende al ordenamiento penal en su conjunto como consecuencia del derecho fundamental al principio de legalidad conectado con el artículo 81.1 CE, y este a su vez con los artículos que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas que han de ser objeto de desarrollo. En otros casos, como en las proyectadas modificaciones de la Ley Orgánica reguladora del derecho a la educación, de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el rango orgánico se justifica por aquel que tiene atribuida la ley objeto de modificación, aunque afecte a materias conexas que, en principio, como se ha expuesto, se ven alcanzadas por el rango de la ley en su conjunto. Pero en otros casos la atribución del carácter orgánico de la disposición modificadora no viene justificada ni por el contenido de la norma objeto de modificación ni por el rango asignado de origen a la misma. Esto sucede con claridad en la disposición final novena, que modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y en la disposición final decimoprimer, que modifica la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, respecto de las que, por lo demás, el prelegislador no ofrece mayores explicaciones acerca del rango que se les asigna, que no viene dado por el que les da de origen la norma a la que afecta la modificación. Y esta ausencia de justificación se hace más patente en los casos en los que las normas



afectadas por la modificación se encuentran vinculadas o relacionadas con las que en el texto proyectado que tienen carácter ordinario, o con otras, como las relativas a los derechos de las víctimas de los delitos, que, además, de estar conectadas con los artículos del Anteproyecto que tienen rango de ley ordinaria, lo están con otras disposiciones del mismo rango, como las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y respecto de la modificación de esta última, no se explica, ni se justifica, material y formalmente, la atribución del carácter orgánico de la disposición que quiere llevar a cabo la modificación de diversos artículos de la ley rituaria.

- iii) Deteniéndonos en la proyectada reforma de estos artículos de la LECrim (los artículos 112, 681.3 y 709), es cierto que las modificaciones que se quieren introducir tienen una cierta conexión con derechos fundamentales. Así, la revocación de la renuncia a la acción civil por parte de la víctima, a instancias de esta y oídas las partes, y siempre antes del trámite de calificación del delito, en aquellos casos en los que los efectos del delito son mucho más graves de los que se preveían en el momento de la renuncia, o si esta pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito, se encuentra relacionada con el artículo 24.1 CE, en la medida en que afecta a la tutela judicial efectiva. Pero esta conexión es más bien tangencial o, más propiamente, remanente o residual, porque el precepto se dirige directamente a la protección de la víctima ante una decisión –relativa, ciertamente, al ejercicio y a la tutela judicial de sus derechos- que ha estado o ha podido estar viciada, bien por desconocimiento de la magnitud del perjuicio en el momento en que se renunció a la acción, bien por el influjo en su voluntad por parte de quien cometió el delito; y en cualquier caso, la regla que se introduce tiene un carácter marcadamente rituario. Lo mismo cabe decir con la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 681, en el que se prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual –parificándose con las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección-, y de los datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares. La regla concierne, en efecto, a diversos derechos fundamentales –los contenidos en los artículos 24.1, 18.1



- y 4 CE, principalmente-, pero ante todo tiene un objetivo especialmente tuitivo de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y, también aquí, tiene naturaleza procesal. Y este mismo carácter tuitivo y naturaleza procesal cabe apreciar en la modificación que se pretende introducir en el artículo 709 para evitar, en las declaraciones testificales, preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima de delitos contra la libertad sexual, por más que también aquí estén concernidos derechos fundamentales (los reconocidos en los artículos 18.1 y 24.1 CE, fundamentalmente).
- iv) Por otra parte, también está injustificada la naturaleza orgánica que se atribuye al Título preliminar de la ley proyectada. Ni el objeto y finalidad de la ley, ni su ámbito de aplicación, constituyen *per se* materia propia de la ley orgánica. Y tampoco son propios de su ámbito competencial los principios rectores que animan e inspiran la regulación proyectada contenidos en el artículo 2 del ALO. Conforme a la doctrina constitucional arriba expuesta, la mera relación o vinculación del contenido de la norma con alguno de los derechos fundamentales que son objeto de la reserva de ley orgánica no la hace merecedora de participar de tal reserva, so pena de quedar esta desvirtuada y desdibujada en sus límites y contenido, en perjuicio de la seguridad jurídica.
- v) En sentido inverso, carece de explicación la omisión, de entre las disposiciones a las que se confiere carácter orgánico, de aquellas que tienen por objeto la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (disposición final segunda), la modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (disposición final décima), y de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Y esta omisión carece de justificación, tanto por razones formales –el rango de la ley que va a ser modificada- como por razones materiales, particularmente en lo que se refiere a estas dos últimas, respecto de las que las modificaciones proyectadas inciden en la configuración de las infracciones disciplinarias y de los tipos penales objeto de regulación.
- vi) Especial mención debe hacerse de la disposición final decimoctava, relativa a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales que, según el tenor de dicha disposición final, *"se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la*



mujer y de la fiscalía contra la violencia así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados”. En similares términos, cabe incidir en la previsión que se contiene en el proyectado artículo 26, en el que se contempla la inclusión de temas dedicados a la igualdad, a la no discriminación por razón de género, a la protección integral contra todas las violencias sexuales y dedicados a la perspectiva de género en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal y en los planes de formación inicial y continua de la carrera judicial. Aun cuando en uno y otro caso se trata de disposiciones de marcado carácter programático, con una función habilitadora de una ulterior regulación, no debe olvidarse que inciden sobre materias reservadas a la ley orgánica, y en particular sujetas la reserva de ley orgánica cualificada, en tanto que afectan a la organización del Poder Judicial y al estatuto de los miembros de la carrera judicial, aspectos cuya regulación está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Sobre las posibles alternativas al carácter orgánico y a la unicidad del Anteproyecto de Ley.

21.- En el apartado I.3 de la MAIN se analizan las posibles alternativas sobre las disposiciones de la norma proyectada. Sin embargo, este análisis es meramente nominal, o en realidad inexistente, cuando, al tratar sobre el rango de la norma, el prelegislador se limita a indicar que «[s]e considera más apropiado el rango de ley orgánica parcial por los motivos que se expresarán más adelante en esta memoria (en el apartado sobre rango normativo).

22.- En rigor, el prelegislador no analiza otras posibles alternativas a la opción que considera más adecuada, cual es la elaboración de un cuerpo normativo con rango de ley orgánica, que califica de parcial, al incluir disposiciones carentes de rango orgánico junto con otras que sí lo tienen, o a las que asigna dicho carácter. Este análisis de posibles alternativas debería estar presidido en todo caso por las consideraciones que se han recogido en el apartado a) precedente, y en particular por la desnaturalización del rango de la norma desde el momento en que las disposiciones con rango de ley orgánica se encuentran principalmente fuera de su articulado y remiten a otras leyes extramuros de la proyectada, y en la medida en que el grueso del contenido normativo es ajeno a la reserva de la ley orgánica, pues no constituye verdaderamente un desarrollo directo o complemento indispensable de los preceptos constitucionales para el que la reserva está establecida (SSTC 5/18i981 y 173/1998). Ello, además de la injustificada



atribución del rango orgánico, en unos casos, y de la omisión del mismo, en otros, como se ha visto más arriba.

23.- Así las cosas, según el parecer de este órgano de gobierno constitucional resultaría técnicamente más correcto regular separadamente mediante una ley orgánica las modificaciones de las distintas leyes que tienen dicho rango o merecen tal carácter, y dejar la regulación del núcleo del texto proyectado a una ley ordinaria. Este ha sido el criterio sostenido por el Consejo de Estado al emitir su Dictamen núm. 97/2015, de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas -que previamente había sido informado por este Consejo General del Poder Judicial-, y que dio lugar a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, por un lado, y a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por otro.

c) Sobre aspectos de técnica normativa

24.- La norma proyectada tiene la explícita y decidida vocación de constituir el marco vertebrador del régimen jurídico de la tutela y garantía de la libertad sexual de quienes se encuentran incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación. Su propia denominación es por sí sola expresiva de su carácter integral y transversal, y se configura como el marco normativo desde cuyo núcleo irradian y se proyectan las disposiciones que contiene hacia los diversos ámbitos y parcelas del ordenamiento que han de verse alcanzados por el objeto y finalidad de la norma proyectada.

25.- Este carácter integral y la transversalidad, que es consustancial al mismo, somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

26.- El mero examen de la estructura de la ley orgánica proyectada pone enseguida de manifiesto el paralelismo que presenta con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta simetría se patentiza particularmente en el título



preliminar, especialmente en la enumeración de los principios rectores, en las medidas de prevención y sensibilización en los distintos ámbitos –educativo, sanitario y sociosanitario, de la publicidad y medios de comunicación- (Título I), en los derechos de las víctimas –su garantía, los derechos a la información y asistencia social integral, derechos laborales y funcionariales, y derechos económicos- (Título II), así como en ciertos aspectos de la tutela institucional (Título III), que tienen su correlato, en mayor o menor grado y extensión, en el articulado de la norma proyectada. Esta, no obstante, presenta una mayor dimensión, al extenderse a ámbitos no contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, y al dotar de mayor amplitud ciertos aspectos relativos a la prevención, formación, protección, asistencia y derechos de las víctimas de violencia sexual.

27.- Este paralelismo y simetría origina áreas concurrentes y espacios concéntricos, secantes e intersecciones, que se dan no solo entre el texto proyectado y la Ley Orgánica 1/2004, sino entre aquel y otros textos normativos, y que no son deseables en un plano de técnica normativa y desde el principio de seguridad jurídica.

28.- Se evidencian, de este modo, solapamientos y duplicidades en ciertos preceptos de la ley proyectada respecto de otros de textos vigentes, e incluso proyectados y en proceso de elaboración normativa, como sucede con el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia –publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 22-1, de 19 de junio de 2020, actualmente en trámite de enmiendas- que ponen en cuestión su carácter necesario y, en otro plano, la corrección de la técnica normativa utilizada.

29.- Así, sin ánimo exhaustivo, se observa que el artículo 4 ALO, sobre investigación y datos, se solapa con las competencias de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, en particular las contempladas en artículo 3.1, h) e i) del Real Decreto 455/2020, de 10 de marzo.

30.- En similares términos, el artículo 5 APLO, que establece el órgano responsable para tales cometidos –la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer- tiene su correspondencia con los artículos 29 y 30 de la Ley 1/2004 y con las funciones de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género recogidas en el artículo 3.1, h) e i) del Real Decreto 455/2020.

31.- El artículo 7 APLO, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito educativo, encuentra concomitancias con el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), y con los artículos 1.1 a) bis, k) y l), en



la redacción dada por la Ley orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, y 2.1 l) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

32.- El artículo 10, relativo a las medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación, presenta concomitancias con los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 1/2004, del mismo modo que el artículo 11, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito publicitario, las tiene con el artículo 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y el artículo 12, que se refiere a la prevención y sensibilización en el ámbito laboral, presenta correspondencia con el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007.

33.- El artículo 13, relativo a la prevención y sensibilización en la Administración Pública, es correlato de lo previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 3/2007, y el artículo 14, sobre la prevención y sensibilización en el ámbito castrense, presenta coincidencias con lo ya previsto en la Orden DEF 111/2019, de 8 de febrero, por la que se regula la estructura y funcionamiento del Observatorio Militar para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en las Fuerzas Armadas.

34.- Se observan asimismo aspectos coincidentes en el artículo 18, sobre la detección y respuesta en el ámbito educativo, y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2004, así como en el artículo 19, relativo a la detección e intervención en el ámbito sanitario, y en los artículos 15 y 16 de la misma Ley Orgánica 1/2004.

35.- Los artículos 22, 23, 24, 25 y 28, relativos, respectivamente, a la garantía de especialización profesional a través de la formación, y a la formación en los ámbitos docente y educativo, del sector sanitario, sociosanitario y de servicios sociales, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en el ámbito forense, presentan aspectos comunes con los artículos 3.1, 4, 30, y 47 de la Ley Orgánica 1/2007.

36.- El artículo 26, sobre la formación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia, además de incidir en materia reservada a la LOPJ, en lo que a la carrera judicial se refiere, se solapa con el artículo 433 bis.5 de la LOPJ, modificado por la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre; y el artículo 29, relativo a la formación en el ámbito penitenciario, presenta correspondencia con el artículo 80 de la Ley Orgánica 1/1979, de 28 de septiembre, General Penitenciaria.

37.- El artículo 31, que versa sobre las medidas relativas a la evaluación, certificación, verificación y acreditación de centros y de títulos educativos



universitarios, tiene aspectos concurrentes con los artículos 14 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, y 32 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

38.- El artículo 32, por su parte, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, y el artículo 34, sobre los servicios de asistencia integral especializada y accesible, tienen concomitancias con los artículos 14, 18, 19, 20, 21, 22 y 24 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, y los correspondientes del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, de desarrollo de la anterior. Y el artículo 33, sobre el derecho a la información, presenta aspectos coincidentes con el artículo 7 de la Ley 4/2015 y el artículo 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Por su parte, el artículo 43, referido a la investigación policial, presenta aspectos coincidentes con los artículos 5.2 y 4, y 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y el artículo 44, referido a la protección efectiva de las víctimas en riesgo, concurre con las previsiones de los artículos 11, 31, 35 y 53 de la misma Ley Orgánica 2/1986, y con los artículos 282 y siguientes de la LECrim.

39.- También presenta concomitancias el artículo 46, sobre las unidades de valoración forense integral, con el artículo 479 LOPJ, y el artículo 47 incide en el contenido de los artículos 363 y 778 de la LECrim. El artículo 48, sobre la información y acompañamiento en el ámbito judicial, se solapa con diversas previsiones de la Ley 4/2015 y de la Ley Orgánica 1/2004, en tanto que el artículo 49, que versa sobre la protección de datos y limitaciones a la publicidad, concurre con el contenido de la LOPDGDD. Y, en fin, los artículos 51 y 52, sobre el derecho a la reparación e indemnización, inciden en el contenido tanto del Código Penal como de la LECrim.

40.- Estas concomitancias, concurrencias, incidencias e interferencias deberían evitarse en buena técnica normativa y en beneficio de la seguridad jurídica. La pluralidad de disposiciones normativas, con aspectos concéntricos y concurrentes, no desaparece mediante la promulgación de la ley orgánica proyectada; antes bien, tal y como está concebido el texto del Anteproyecto, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia mayor dispersión, al introducir un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas, sobre todo, en las leyes sobre violencia de género, sobre igualdad, sobre el estatuto y protección de las víctimas, sobre educación e, incluso, en la ley procesal penal.

41.- Una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a la



libertad y a la violencia sexual que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las violencias sexuales, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

42.- Por otra parte, el Anteproyecto, si bien en menor medida que en otras versiones anteriores a las que ha tenido acceso este órgano de gobierno del Poder Judicial, y con una factura técnica más depurada, contiene en gran parte de su articulado disposiciones de carácter programático, algunas de las cuales se reducen a enunciados normativos meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho, esto es, sin un concreto mandato normativo. Y en otros casos, el enunciado normativo carece de verdadera virtualidad y sustantividad, limitándose a reproducir en sus proposiciones facultades o derechos que ya están reconocidos en otras normas. Ejemplo de lo anterior se encuentra en lo dispuesto en el artículo 49.2 del APLO, que se limita a señalar que la Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponde de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la LOPDGDD, si bien añade que estas funciones se ejercerán “con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, específicamente cuando esta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación”, precepto este que, en rigor, carece de contenido normativo propio distinto del que, en el marco de la LOPDGDD, delimita las competencias de la autoridad de control estatal. Y lo mismo cabe decir de la previsión contenida en el apartado tercero del artículo 17 del APLO, que se limita a señalar que “[L]as víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos”, proposición esta que no contiene propiamente mandato o regla normativa alguna distinta de las contenidas en la LOPDGDD, que contempla los canales de denuncia de las infracciones del derecho a la protección de datos personales ante la autoridad de control.

43.- Para concluir este apartado de consideraciones generales, se observan en el texto algunas erratas que deben corregirse, además de las que se indicarán en el siguiente apartado de este informe. Así, en el segundo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos, en la tercera línea, se dice “comenten”, cuando tiene que decir “cometen”. En el apartado II de la



Exposición de Motivos, página 7, cuarto párrafo, primera línea, debe suprimirse la coma después de "sexuales". En la página 39 en el apartado letra f), se deben suprimir, por repetidas, las palabras "de los servicios". Y en la página 58, en la disposición final quinta, en el apartado dos de la modificación del Código Penal, relativo al artículo 84.2, se repite "de delitos".

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

I

a) Consideraciones a la Exposición de Motivos y al articulado del Anteproyecto

44.- El párrafo primero del apartado II de la Exposición de Motivos comienza afirmando que *"España ha ratificado los principales tratados internacionales de derechos humanos y Convenios europeos que establecen la obligación de actuar con la debida diligencia frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales"*, citando a continuación la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW); el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia), por lo que se sugiere revisar la referencia a los Convenios "europeos" atendido el estatus de organización internacional que ostenta el Consejo de Europa, desde su creación por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, y de la que España forma parte tras la adhesión publicada en el BOE de 1 de marzo de 1978.

45.- En el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos la referencia a la Directiva 2011/92/UE, debe entenderse hecha a la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, según la corrección de errores de la Directiva publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 21 de enero de 2012.

46.- En el apartado II de la Exposición de Motivos, las citas de las recomendaciones dirigidas a España por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, del Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, del



Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas o del Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas deberían identificarse con la suficiente precisión, al igual que se hace, por ejemplo, con la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género.

47.- En el apartado III de la Exposición de Motivos, al tratar de la disposición final decimoquinta se observan, como errores materiales, la cita del artículo 207.1.d) "51" y la omisión de la letra d) en el artículo 336.

48.- El **artículo 5** del Anteproyecto comienza afirmando que "[a] efectos de lo dispuesto en el artículo anterior", referido a la investigación y datos, "la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, actuará como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia sexual", si bien ha de tenerse presente que dicha previsión ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, creado en el año 2002, y al que específicamente se refiere, en los siguientes términos, el artículo 87 quáter de la LOPJ, introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género:

"Artículo 87 quáter.

- 1. El Consejo General del Poder Judicial encomendará al Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género la evaluación de los datos provenientes de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como de aquellos asuntos relacionados con esta materia en juzgados no específicos.*
- 2. Anualmente se elaborará un informe sobre los datos relativos a violencia de género y violencia sexual, que será publicado y remitido a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso de los Diputados, así como a la Comisión Especial de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Informe del Senado sobre las estrategias contra la Violencia de Género aprobadas en el marco del Pacto de Estado.*
- 3. La información mencionada en el apartado anterior se incorporará a la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial.*
- 4. La información estadística obtenida en aplicación de este artículo deberá poder desagregarse con un indicador de discapacidad de las víctimas.*



Igualmente, permitirá establecer un registro estadístico de los menores víctimas de violencia de género, que permita también la desagregación con indicador de discapacidad.”

49.- Conforme al **apartado 3 del artículo 10** del Anteproyecto, rubricado “[m]edidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación”:

“3. La Agencia Española de Protección de Datos garantizará la disponibilidad de un cauce accesible y seguro de denuncia de la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comportaran un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales.”

50.- En relación con los contenidos ilícitos en Internet puede citarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “*Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea sobre la lucha contra los contenidos ilícitos en línea*”, de fecha 28 de septiembre de 2017, que aún no recogía una definición de «*contenido ilícito*» pero recordaba que “[e]n la UE, los tribunales y las autoridades nacionales competentes, incluidas las fuerzas de seguridad, tienen competencias para enjuiciar los delitos e imponer sanciones penales con arreglo al procedimiento oportuno en función de la actividad o información en línea considerada”, remarcando que “[l]as pruebas que evidencien la existencia de infracción penal obtenidas en el marco de la retirada de contenidos ilícitos deben ser transmitidas a las fuerzas de seguridad, siempre que se haga de conformidad con lo dispuesto, en particular, en el Reglamento (UE) 2016/679, especialmente respecto a la licitud del tratamiento de los datos personales”.

51.- También en relación con los contenidos ilícitos a que alude este precepto proyectado resulta especialmente relevante la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que los define como “*cualquier información que no sea conforme con el Derecho de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate*”, invitando “*a los Estados miembros [...] a adoptar medidas eficaces, apropiadas y proporcionadas para combatir los contenidos ilícitos en línea, con arreglo a los principios establecidos en la presente Recomendación y de plena conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, el derecho a la libertad de expresión y de información, y otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión, en particular por lo que respecta a la protección de los datos personales, la competencia y el comercio electrónico*”.



52.- En la citada Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión se señala que *"(39) Con el fin de garantizar el respeto del derecho fundamental a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales, así como la libre circulación de los datos de carácter personal, el tratamiento de dichos datos en el contexto de todas las medidas adoptadas para cumplir la presente Recomendación debe ser plenamente conforme con las normas en materia de protección de datos, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), y debe ser controlado por las autoridades de supervisión competentes."*

53.- Siguiendo con el concepto de contenido ilícito, nuestro Código Penal recoge dentro del Capítulo VII, *"[d]e las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo"*, Sección 2.ª, *"[d]e los delitos de terrorismo"*, referencia expresa a los *"contenidos ilícitos"* en el apartado 4 del artículo 578, redactado por el artículo único de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, previendo que:

"4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores."

54.- En términos similares, para los conocidos como delitos de odio, conforme al artículo 510 del Código Penal, ubicado en el Capítulo IV, *"[d]e los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas"*, Sección 1.ª, *"[d]e los delitos cometidos con ocasión del ejercicio*



de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”, cuya redacción procede de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de acuerdo con lo dispuesto en el Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 y ratificado por España en el año 2014 (BOE de 30 de enero de 2015):

“6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

55.- Al marco referido ha de añadirse lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, cuyo objeto es establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (artículo 1.1) y cuyo plazo de transposición finalizaba el 6 de mayo de 2018 según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 63 de la Directiva.

56.- Debe destacarse que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, fue aprobado por el Pleno de éste órgano constitucional celebrado el día 25



de junio de 2020, sin que hasta la fecha se haya publicado en el BOE la citada Ley Orgánica de transposición de la mencionada Directiva a nuestro derecho interno. Conforme el artículo 1.1 del citado Anteproyecto "*[e]sta ley orgánica tiene por objeto regular el derecho fundamental, reconocido por el artículo 18.4 de la Constitución, a la protección de datos personales en relación a los tratamientos de datos llevados a cabo por las autoridades competentes con fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, así como de protección y de prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.*"

57.- Por el contrario, sí ha tenido lugar la publicación de la Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves por la que se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, que fue aprobada en la misma fecha que la Directiva (UE) 2016/680 y que el propio Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

58.- De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que la previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 10 del texto proyectado**, ha de coherencia con la regulación expuesta así como con las funciones atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 47 de la LOPDGD, entre las que no se recoge de manera explícita el control de contenidos ilícitos en línea, debiendo recordar que conforme a este precepto corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos la aplicación de la citada Ley Orgánica y del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, ejercer las funciones establecidas en el artículo 57 y las potestades previstas en el artículo 58 del mismo Reglamento, en la Ley Orgánica y en sus disposiciones de desarrollo, así como "*el desempeño de las funciones y potestades que le atribuyen otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea*".

59.- En segundo término, la existencia de contenidos ilícitos en Internet que legitimaría la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, por comportar un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales, podría coexistir, *a priori*, con un proceso penal, al tener finalidades diferentes. No obstante, caso de existir o constatarse cualquier interferencia entre estos dos ámbitos, el penal y el correspondiente a la Agencia Española de Protección de Datos, resultaría



aplicable la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal en el conocimiento de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, derivada del artículo 117.3 de la Constitución. Esta importante previsión debiera recogerse en el texto proyectado.

60.- Finalmente, se ha de tener presente que si la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comporten un menoscabo grave del derecho a la protección de datos tiene su origen en un proceso judicial y en datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, por ejemplo, por proceder estos contenidos del seno de un proceso penal, la competencia que el artículo 10.3 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ, que ordena que las competencias que la legislación de protección de datos atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos serán ejercidas por el Consejo General del Poder Judicial respecto de los tratamientos efectuados con fines jurisdiccionales y los ficheros de esta naturaleza.

61.- Conforme al **apartado 1 del artículo 11** del Anteproyecto "[s]e considerará ilícita la publicidad que utilice estereotipos de género que fomenten o normalice las violencias sexuales contra las mujeres".

62.- En la legislación vigente es el artículo 3, "[p]ublicidad ilícita", de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la que recoge las definiciones y tipos de publicidad ilícita. Su apartado a) viene a ser objeto de modificación por la **disposición final cuarta del Anteproyecto**, suprimiendo de la redacción actual la referencia al artículo 14 de la Constitución y a los anuncios que presenten a las mujeres de forma "discriminatoria", en los siguientes términos:

«a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica xx/xxx de Garantía Integral de la Libertad Sexual».



63.- De manera coherente con esta definición, bajo la rúbrica de “[p]ublicidad ilícita” dispone el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que “[d]e acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”.

64.- Conforme al artículo 86 ter.2,a) LOPJ corresponde a los Juzgados de lo Mercantil conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a publicidad, disponiendo el artículo 217.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad exprese.

65.- Atendida la definición recogida en el apartado 1 del artículo 11 del Anteproyecto, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica, “entendido en su sentido más básico como claridad y certeza del Derecho” (por todas, STC 131/2020, de 22 de septiembre - ECLI:ES:TC:2020:131-), resultaría sumamente conveniente su incorporación, en los mismos términos al artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, al que se refiere la disposición final cuarta del Anteproyecto y al artículo 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

66.- Asimismo, ha de destacarse que con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, que tiene por objeto “[...] regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” (artículo 1.1); previendo la derogación de la vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y cuyo artículo 6, rubricado “[i]gualdad de género e imagen de las mujeres”, dispone lo siguiente:



"1. La comunicación audiovisual no favorecerá, directa o indirectamente, situaciones de desigualdad de las mujeres o que inciten a la violencia sexual o de género.

2. Se promoverá la autorregulación para garantizar un acceso y una representación igualitaria de las mujeres en el sector audiovisual.

3. Se promoverá la autorregulación para garantizar comunicaciones comerciales audiovisuales no sexistas, tanto en el lenguaje como en el contenido e imágenes, y libres de estereotipos.

4. La autoridad audiovisual competente elaborará un informe anual sobre la representación de las mujeres en noticiarios y programas de contenido informativo de actualidad."

67.- En atención a esta norma en tramitación se sugiere cohonestar lo dispuesto en el artículo 11 del texto objeto del presente informe teniendo en cuenta las previsiones incorporadas en el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.

68.- El **artículo 17** del Anteproyecto lleva por rúbrica "[r]esponsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales", disponiendo en su apartado 2 que:

"2. Cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia."

69.- El **apartado 1 del artículo 17 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica "[r]esponsabilidad institucional de detección de las violencias sexuales", tiene el siguiente contenido:

"1. Las Administraciones Públicas, especialmente los departamentos competentes en materia educativa, sanitaria, sociosanitaria y social, desarrollarán, en el marco de sus respectivas competencias, actuaciones encaminadas a la detección e identificación de situaciones de violencia sexual. Para ello, promoverán la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo, social y sanitario, con especial atención a víctimas menores de edad y con discapacidad."

70.- La importancia de contar con estos protocolos en el ámbito escolar ha sido puesta de manifiesto en diferentes ocasiones por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las Sentencias de 5 de noviembre de 2020, dictada en el recurso nº 10144/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3751), o de



17 de octubre de 2019, dictada en el recurso 10202/2019 (ECLI:ES:TS:2019:3204):

"[...] resulta, pues, importante la eficacia y ejecución en los centros escolares de los protocolos de detección de ataques sexuales a menores, ante el silencio que guardan éstos en los casos en los que son víctimas de personas de su entorno, tanto familiar, como de terceros, ya que el miedo a las consecuencias de la denuncia ante posibles represalias del atacante sexual les hace aceptar la victimización hasta que se detectan los hechos por responsables de un centro escolar, o por denuncias de amigos o amigos de la víctima ante sus propios profesores.

En este escenario, la detección de los abusos y agresiones sexuales a menores por protocolos eficaces es una herramienta necesaria en la actualidad ante la proliferación de estos supuestos como el aquí ocurrido, en donde los menores saben y son conscientes de que se victimizan porque sufren en los ataques sexuales. Pero el miedo a denunciar o contarlo en su entorno permite a los agresores aprovecharse del silencio del menor para persistir en su conducta.

El protocolo de detección del abuso sexual es una herramienta sumamente eficaz, cuya mayor y mejor plasmación se verifica en los centros escolares, que es en donde los menores víctimas de delitos sexuales pueden contar en su intimidad a sus amigos la situación de la que están siendo víctimas, lo que en casa se niegan a contar por miedo o vergüenza. Y en este escenario los responsables de los centros escolares se encuentran en mayor disposición real de poder detectar el abuso sexual que en otro contexto personal o social. De suyo, son muchos los casos que se han detectado en estos supuestos en virtud de la eficacia de estos protocolos en centros escolares que actúan bajo dos parámetros, a saber:

1.- La prevención del abuso sexual, en cuanto a la prevención del posible abuso sufrido por menores perpetrado por personas del entorno del menor, y cuya información puede llegar más fácilmente en el centro escolar, ante las reacciones de los menores víctimas, por contarlo a los profesores, o a los propios compañeros y llegar a conocimiento de los responsables del centro.

2. Respuesta ante la sospecha o conocimiento de un abuso sexual. Se trata en este sentido de conocer los indicios que pueden ayudar a detectar un abuso y las actuaciones a realizar con la víctima y el presunto agresor denunciado o bajo sospecha, a fin de ponerlo en conocimiento de los progenitores, o si se trata de uno de ellos como el autor, ante las autoridades.

Suele hablarse por los expertos en abuso sexual a menores que la carencia de estos protocolos internos explica en gran parte que se puede llegar a ser cómplice involuntario del abuso, al no haber dado una respuesta



adecuada al problema que en un centro escolar, o centro deportivo a donde acude el menor, o, en definitiva, en cualquier centro público o privado en el que el menor acude a realizar actividades extraescolares, pueda el menor llegar a transmitir o dar signos evidentes de que puede tener un problema grave de esta naturaleza que trata de ocultar.

En esta línea, la elaboración de estos protocolos de detección del abuso sexual a menores, tanto en centros escolares, como en otros aquellos a donde acudan menores, puede reducir este tipo de casos, y lo que es más importante, la persistencia del abuso sexual del agresor que se aprovecha del miedo de la víctima a denunciar estos hechos. Porque la realidad evidencia que los menores víctimas optan por aguantar su calvario, sobre todo cuando la agresión proviene de su propio entorno y recibe amenazas que se configuran como una auténtica intimidación capaz de conseguir el efecto perseguido por el agresor sexual, cual es el silencio de la víctima y la facilidad en la ejecución de su delito sexual.”

71.- En atención al contenido de los artículos 17 y 18 del Anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, a fin de coherente el contenido de ambas leyes, estableciendo, junto al plan de convivencia recogido en el citado artículo 124, una referencia a la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo para la detección e identificación de violencias sexuales.

72.- Seguidamente, los **apartados 2 y 3 del artículo 17** del texto proyectado disponen que:

“2. Cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia.

3. Las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales podrán comunicarla a la Agencia Española de Protección de Datos.”

73.- Debe recordarse que el deber de comunicación o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la legislación española en los artículos 262 (parcialmente modificado por la Ley de 14 de abril de 1955, por la que se modifica la base económica de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,



publicada en el BOE nº 105 de 15 de abril de 1955) y 264 de la LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

74.- El referido deber se deriva de la regulación contenida, actualmente, al tratar de la denuncia, en los artículos 259 y 262 de la LECrim, recogiendo el primero de los preceptos mencionados, para todo aquel *“que presenciare la perpetración de cualquier delito público la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal”*, e imponiendo el artículo 262 LECrim esa obligación, específicamente, a *“[l]os que por razón de su cargo, profesiones u oficio tuvieren noticia de algún delito público [...]”*.

75.- Por lo que respecta a la referencia a la “responsabilidad institucional”, éste órgano constitucional ha puesto de manifiesto en ocasiones anteriores que el deber de comunicación o denuncia pesa igualmente sobre las Administraciones públicas, surgiendo la obligación de denunciar cualquier delito público de los que pudiera tener conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, tal como exige el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no permite a la Administración silenciar los indicios de delito de que disponga, sin que se pueda olvidar que la jurisdicción penal podrá depurar la responsabilidad que pueda incumbir a los órganos administrativos por su dilación o pasividad en la comunicación de los indicios delictivos.

76.- A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a establecer *“el deber que tienen todas las personas que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”* (apartado II de la Exposición de Motivos), modificando, a tal efecto, los artículos 13 y 14 de la LOPJM, 1/1996.

77.- Conforme al artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), rubricado *“[o]bligaciones de los ciudadanos y deber de reserva”*:

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

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento



de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

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.

4. Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.

[5. ...]»

78.- Y según el artículo 14 LOPJM 1/1996:

«Atención inmediata

Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.»

79.- En base al contenido de las citadas disposiciones legales y de las obligaciones en ellas plasmadas, se sugiere revisar la redacción del artículo 17.2 del anteproyecto a fin de que la referencia al cumplimiento del deber de comunicación no quede restringida a lo dispuesto en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia.

80.- Por lo que respecta a la previsión establecida en el **apartado 3 del artículo 17 del Anteproyecto**, que posibilita que las víctimas y quienes conocieran alguna situación de violencia sexual que afecte al derecho fundamental a la protección de datos personales, la comuniquen a la Agencia Española de Protección de Datos, ha de entenderse sometida a la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción



penal y que deriva del principio de reserva de jurisdicción consagrado por el artículo 117.3 de la Constitución, firmemente establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ello, resultaría sumamente conveniente la incorporación al texto proyectado, con la debida suficiencia, de la salvaguarda del principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal.

81.- Asimismo, ha de tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuyo plazo de transposición expira, con carácter general, el 17 de diciembre de 2021, según señala su artículo 26, y en ausencia de norma legal que aborde la transposición al Ordenamiento español de la misma, la doctrina sentada, entre otras, por la STC de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:13), que admite la atribución, como fuente de derechos, de lo establecido en una Directiva no transpuesta dentro del plazo que contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, por invocación del llamado efecto útil y a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento interno.

82.- El **artículo 21** viene referido a la "*detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado*", de manera coherente con el planteamiento del Anteproyecto, que contempla el matrimonio forzado entre las conductas con impacto en la vida sexual que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, tiene la consideración de violencia sexual.

83.- Tras la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, cuya transposición a nuestro Ordenamiento interno tuvo lugar a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y atendidas las consecuencias jurídicas derivadas de la inscripción como pareja de hecho, a fin de incrementar la protección de la mujer, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador valorase abordar la



regulación, inclusive en su caso la tipificación penal, en el artículo 172 bis CP, de las inscripciones forzadas como pareja de hecho.

84.- El artículo 26 del Anteproyecto, bajo la rúbrica de "[f]ormación en la carrera judicial y fiscal y de letrados de la Administración de Justicia" dispone lo siguiente:

"1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Fiscalía General del Estado adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal, así como al Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, se incluyan temas dedicados a la igualdad y la no discriminación por razón de género, y en especial, a la protección integral contra todas las violencias sexuales.

2. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Fiscalía General del Estado asegurarán que, en la formación inicial y continua de los integrantes de la Carrera Judicial, del Ministerio Fiscal y demás cuerpos al servicio de la Administración de Justicia se incluyan temas dedicados a la perspectiva de género."

85.- La Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de Jueces y Magistrados dependiente del Consejo General del Poder Judicial, tiene como objeto proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la Carrera Judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella, correspondiéndole la coordinación e impartición de la enseñanza inicial, así como de la formación continua.

86.- En relación con la previsión incorporada al Anteproyecto sobre la formación de los integrantes de la Carrera judicial, debe destacarse que la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, vino a modificar diferentes preceptos para incorporar previsiones específicas al respecto. Así, añadiendo un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 307 LOPJ para recoger expresamente que dentro del curso de selección se ha de incluir necesariamente, entre otros aspectos, un programa teórico de formación multidisciplinar que incluya el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas.

87.- En segundo lugar, la L.O. 5/2018 modificó el artículo 310 LOPJ previendo que "[t]odas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las



Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas en materia de violencia sobre la mujer, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”, y que “[e]l temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España”.

88.- Finalmente, ha de tenerse en cuenta la modificación operada por la ya citada L.O. 5/2018 en el apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ, que incorpora la necesidad de que el Plan de Formación Continua de la Carrera Judicial contenga *“cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos”.*

89.- En el **artículo 32 APLO**, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, resultaría conveniente que letra d) del apartado 1, al abordar el asesoramiento jurídico previo y la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en lugar de remitir a la disposición final decimonovena del Anteproyecto, en la que únicamente se prevé que *“[e]n el plazo de un año desde la aprobación de la presente ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica”,* se remitiera a los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

90.- En el **tercer párrafo del apartado 1 del artículo 33 del Anteproyecto**, *“[d]erecho a la información”,* en el que se recoge que *“[l]as Administraciones Públicas competentes desplegarán, financiarán y asegurarán los servicios de información y asesoramiento especializados, tanto de carácter presencial, como telefónico, que lo hagan efectivo”,* se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, junto con el asesoramiento telefónico, referencia a un posible asesoramiento *telemático*.



91.- En el **apartado 3 del artículo 34 APLO**, "*[s]ervicios de asistencia integral especializada y accesible*", entre los que se incluyen los centros de crisis 24 horas; los servicios de recuperación integral; los servicios de atención a víctimas de trata y explotación sexual y los servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales, se dispone con carácter imperativo que "*[e]stos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los órganos judiciales competentes, los servicios sanitarios y sociosanitarios, las unidades de valoración forense, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas del ámbito geográfico correspondiente*".

92.- No puede olvidarse que la Constitución española, en su artículo 118, establece el deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Magistrados en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. En el mismo sentido, la LOPJ dispone, en su artículo 17, que todas las personas y entidades, públicas y privadas, tienen la obligación de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

93.- En el deber de colaboración general, que afecta a personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, las Administraciones públicas ocupan un lugar singular, no sólo por su deber de actuación con sometimiento pleno a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, como reza el artículo 9.1 de la Constitución, sino también porque deben servir con objetividad a los intereses generales por mandato del artículo 103.1 CE, reproducido en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y con anterioridad en el artículo 3 de la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

94.- Por razón de sus funciones y el régimen jurídico al que están sometidas, las Administraciones públicas no sólo deben prestar la máxima colaboración a los órganos judiciales cuando ésta les sea requerida en cumplimiento de la Ley, sino que además deben mantener una posición activa de lucha frente a actuaciones contrarias al Ordenamiento jurídico que les lleve a impulsar de oficio actuaciones de colaboración con los órganos judiciales para un verdadero servicio al interés general, tal y como recoge el artículo 103 de la Constitución.

95.- Por ello, la redacción de este precepto, en tanto que podría interpretarse como imposición de una suerte de obligación de colaboración dirigida a "los



órganos judiciales competentes”, ha de ser objeto de modificación, lo que no obsta para trasladar e incorporar a la norma proyectada, como norma específica, la concreción del deber genérico de colaboración establecido en el artículo 118 CE y, en similares términos en el artículo 17 L.O.P.J.

96.- El **artículo 36** del Anteproyecto lleva por rúbrica “[a]creditación de la existencia de violencias sexuales”, teniendo el siguiente tenor literal:

“1. Las situaciones de violencias sexuales que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este título se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia sexual en los términos previstos en el artículo 3, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencias sexuales.

También podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

La acreditación de víctimas menores de edad podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

2. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales.”

97.- A este precepto, en relación con la forma de acreditación de las violencias sexuales, remiten a su vez los artículos 39.3 y 40.3, y las disposiciones finales sexta y decimoquinta del Anteproyecto.

98.- De la lectura del citado artículo 36 se desprende la conjunción en el mismo de documentos de muy distinta naturaleza y diferente valor probatorio, que abarcan desde una sentencia condenatoria, cuya firmeza determina la declaración del hecho frente a todos, hasta un informe de los



servicios sociales, de los servicios especializados, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración pública competente, o cualquier otro título, siempre que esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

99.- Al respecto debe destacarse que si bien el prelegislador goza de un amplio margen de acción para la determinación o concreción en la ley de los distintos supuestos de hecho y documentos que dan derecho al acceso al sistema de recursos diseñado en la misma, ha de tenerse presente que su alcance no puede ser igual, en atención a su muy distinta naturaleza y diferente valor probatorio, con evidente incidencia en el grado de certeza de cara a la acreditación de estas situaciones de violencias sexuales.

100.- Por ello, y a pesar de que el apartado 1 del artículo 36 comienza vinculando las situaciones de violencias sexuales con el "*reconocimiento de los derechos regulados en este título*", y que esta previsión debería trasladarse igualmente a la rúbrica del precepto, el texto proyectado debe concretar debidamente que la acreditación de estas situaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, lo es única y exclusivamente a los efectos del régimen administrativo configurado en la ley orgánica proyectada, en particular, según el texto proyectado, para el acceso al "*derecho a la asistencia integral especializada y accesible*".

101.- Bajo la rúbrica de "[d]erechos de las funcionarias públicas", señala el **artículo 39** del Anteproyecto que:

"1. Las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

2. Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad.

3. La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo se realizará en los términos establecidos en el artículo 36 de esta ley orgánica."



102.- De manera coherente con esta previsión, la **disposición final decimocuarta** del texto remitido modifica los artículos 49, 82 y 89 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

103.- Resulta oportuno que este órgano constitucional ponga de manifiesto que caso de pretender el prelegislador la extensión de estas previsiones a las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales, dado que no resultaría aplicable en este caso lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 373 LOPJ, cuya redacción procede de la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, debería incorporar las necesarias previsiones específicas en la Ley Orgánica del Poder Judicial al tratarse de cuestiones que inciden directamente en el estatuto de la Carrera Judicial, sometido a reserva de Ley Orgánica cualificada por mandato del artículo 122 de la Constitución y directamente vinculado a la independencia de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y titulares de la potestad jurisdiccional que les reconoce el artículo 117.1 CE, (por todas, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, nº 108/1986, de 29 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 839/1985, [ECLI:ES:TC:1986:108]).

104.- Asimismo, cualquier circunstancia que afecte a traslados o movilidad de las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales deberá, no sólo estar recogida y regulada en la LOPJ, respetando escrupulosamente la reserva de Ley Orgánica cualificada como cuestión atinente al estatuto de Jueces y Magistrados, sino también cohonestarse debidamente con el resto del sistema, sin afectación alguna ni del régimen de provisión de plazas judiciales, ni del derecho a la inamovilidad de todos los integrantes de la Carrera Judicial.

105.- Los **apartados 1 y 2 del artículo 42** del texto proyectado, que lleva por rúbrica "[a]ctuación policial especializada", señala lo siguiente (el remarcado es nuestro):

"1. Las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención y atención a la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales en los términos previstos en la presente ley orgánica.

2. En ese mismo sentido, se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas. Para ello, los centros y órganos sociosanitarios y judiciales facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella



información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno. Dicha cesión de información estará relacionada exclusivamente con cada caso concreto y no podrá ser genérica e indiscriminada, en aras a garantizar la protección de datos personales."

106.- La previsión de las "unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas" fue recogida en el artículo 31, "[F]uerzas y Cuerpos de Seguridad" de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sugiriéndose que el apartado 1 del artículo 42 del Anteproyecto utilice la misma terminología establecida en el citado artículo 31.

107.- Por su parte, dispone el apartado 3 del precitado artículo 31 de la LO 1/2004 que "[l]a actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género".

108.- Este Protocolo fue aprobado por la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, el 10 de junio del 2004, y por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, el 27 de septiembre del mismo año, habiendo sido actualizado posteriormente, para adecuarse a lo dispuesto en la LO 1/2004, a través del texto aprobado, respectivamente, por la referida Comisión Nacional y por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, los días 8 y 28 de junio de 2005.

109.- El Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, al tratar de la "actuación en el control y seguimiento de las medidas judicial de protección o aseguramiento", hace referencia a que una vez recibida la comunicación de la resolución y la documentación acompañada a la misma por el órgano judicial, la unidad operativa responsable del seguimiento y control de la/s medida/s acordada/s se atenderá a determinados criterios, entre los que se encuentra el "examen individualizado del riesgo existente en cada caso para graduar las medidas aplicables a las distintas situaciones que puedan presentarse", previéndose que de cara a la realización del "diagnóstico y motivación de la situación objetiva de riesgo", se tendrán en cuenta tanto los datos y antecedentes obtenidos en la fase de investigación y elaboración del atestado como "los facilitados por la autoridad judicial" y los que pudieran ser facilitados por los servicios sociales, Oficinas de Atención a la Víctima o el Punto de Coordinación



designado, remarcando que *"para determinar qué elementos pueden contribuir a incrementar la seguridad de la/s víctima/s resulta imprescindible el conocimiento preciso del contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial"*.

110.- Por su parte, el apartado III.D del citado Protocolo viene referido a las *"comunicaciones de los órganos judiciales a las fuerzas y cuerpos de seguridad"*, previendo, entre otros aspectos, que la Autoridad Judicial comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes o, en su caso, a los puntos de recepción centralizada designados en cada territorio, aquellas resoluciones que decreten una orden de protección, medidas cautelares u otras medidas de protección o de seguridad de las víctimas, así como su levantamiento y modificación, dictadas durante la fase de instrucción, intermedia en procesos por delito, así como aquellas que se mantengan en la sentencia, durante la tramitación de los eventuales recursos, y que para facilitar el examen individualizado de la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima, el órgano judicial también remitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes copia de los informes obrantes en el proceso penal que se refieran a circunstancias personales, psicológicas, sociales o de otro tipo de la víctima, del imputado o de su núcleo familiar.

111.- Expuesto lo anterior, resulta oportuno poner de manifiesto, como ha recogido la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020, dictada en el recurso contencioso-administrativo 2187/2019 (ECLI: ES:AN:2020:2350), FD 3, que *"no existe ninguna previsión normativa que considere vinculante para el Juez penal la apreciación de riesgo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado"*, *"siendo la valoración del riesgo objetivo para acordar la orden de protección una apreciación exclusiva del Juez"*.

112.- En estos términos debe entenderse lo dispuesto en el **apartado 2 del artículo 42 APLO**, en relación con la obligación dirigida a los órganos judiciales de facilitar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan predecir un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno.

113.- Así, debe recordarse que la garantía de independencia es inherente a la función de juzgar, y como indisociable del derecho al juez independiente e imparcial y, por ende, al debido proceso (artículo 6 CEDH y artículos 19.2 TUE y 47 CDFUE), supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir



órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia (STJUE 7 de febrero de 2019, asunto C-49/19, Comisión/Portugal, ECLI:EU:C:2019:106).

114.- El **artículo 42.6 APLO** dispone que "[e]l Ministerio del Interior, en el ámbito de sus competencias, promoverá la realización de estudios, informes y estadísticas tendentes a delimitar la magnitud de la violencia sexual en España", debiendo entenderse esta previsión como complementaria de lo dispuesto en el artículo 87 quáter.2 de la L.O.P.J., introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que prevé la elaboración anual, por parte del Consejo General del Poder Judicial, de un informe sobre los datos relativos a violencia sexual.

115.- En el **apartado 2 del artículo 44 del Anteproyecto** la referencia a los "imputados" debe sustituirse por la de los "investigados", atendida la reforma operada por el número 1 del apartado veintiuno del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, señalando al respecto el apartado V de su Exposición de Motivos lo siguiente:

"La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado



en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas.”

116.- El **Título VI** del Anteproyecto lleva por rúbrica “[a]cceso y obtención de justicia” y su **Capítulo I** “[a]ctuaciones fundamentales para la acreditación del delito”. Se aprecia que el contenido de los preceptos que los integran, muy heterogéneo y sin recoger previsiones de acceso a la Justicia, no se corresponde con las mismas, de donde deriva la necesidad de su revisión.

117.- El **apartado 2 del artículo 47 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica “[p]ráctica forense disponible, accesible y especializada” señala que:

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363 y 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982, la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, para su posterior análisis genético y toxicológico, no estará condicionada a la presentación previa de denuncia o al ejercicio de la acción penal. Las muestras biológicas se conservarán y custodiarán debidamente por el centro sanitario hasta que sean solicitadas por el juzgado, o se destruirán previo consentimiento informado en el plazo y condiciones que reglamentariamente se determinen.”

118.- La regulación proyectada merece dos órdenes consideraciones. En primer lugar, se trata de una recogida de material biológico anterior a la apertura del proceso penal y, por tanto, fuera de este, por lo que el precepto debe contener garantías suficientes para preservar el valor probatorio de tal material, en particular, garantizando la cadena custodia. En segundo lugar, desde el punto de vista de la protección de datos, la previsión de que la destrucción del material precisará del consentimiento informado (se entiende que de la persona afectada) parece introducir como base jurídica de este tipo de tratamiento de datos el consentimiento cuando para la recogida del material no se precisa, pues la previsión legal parece asumir como base jurídica autónoma la contemplada en el artículo 6.1.c RGPD. El prelegislador



debe clarificar la base jurídica del tratamiento de datos consistente en la recogida, mantenimiento y destrucción de material biológico, si es preciso el consentimiento de la persona afectada o si, por el contrario, existe base jurídica autónoma fundada en el interés público en asegurar la persecución del delito. En todo caso, debe garantizarse la información a la persona afectada sobre los elementos básicos del tratamiento (fines, responsable del tratamiento, base jurídica, plazo de conservación). Por otro lado, la previsión de un plazo determinado de conservación integra un elemento necesario del derecho fundamental de protección de datos que debería establecerse en la Ley, por lo que no resulta adecuada la deslegalización de este aspecto sustantivo de la protección.

119.- En relación con este precepto y la recogida de evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales para su posterior análisis genético, resulta oportuno traer a colación que al margen de la obligación establecida en el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 27 de octubre de 2007, y ratificado por España en el año 2010 (BOE de 12 de noviembre de 2010), de adoptar las medidas necesarias para almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al conocido como Convenio de Lanzarote, el Considerando 43 de la ya citada Directiva 2011/93/UE contempla la posibilidad de establecer registros de delincuentes sexuales en los siguientes términos: *«Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales. El acceso a estos registros debe estar sujeto a limitaciones con arreglo a los principios constitucionales nacionales y las normas aplicables en materia de protección de datos, por ejemplo, permitiendo el acceso solamente a las autoridades judiciales o a los cuerpos y fuerzas de seguridad»*. Por ello, aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión directamente vinculada al mismo, ha de recordarse la conclusión formulada por éste órgano constitucional en el Informe aprobado por el Pleno del día 30 de mayo de 2019, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, reiterada en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, aprobado por el Pleno el 25 de junio de 2020, en los que se puso de manifiesto



que «atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España».

120.- El **artículo 49** del texto remitido, que lleva por rúbrica “[p]rotección de datos y limitaciones de publicidad”, cuenta con tres apartados de contenido absolutamente heterogéneo con el siguiente tenor:

“1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia sexual se protegerá la intimidad de las víctimas, y en especial sus datos personales.

2. La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponden de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

3. El juzgado o tribunal competente podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.”

121.- En el ámbito procesal, el apartado 1 del precepto proyectado no añade ni incorpora al Ordenamiento vigente novedad alguna más allá de lo ya recogido en los artículos 235 bis y 266 de la L.O.P.J.; 141 bis, 164, 212 y 355.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 301 bis y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

122.- El acceso a las resoluciones judiciales en procesos concluidos está regulado, con carácter general, en los artículos 235, 235 bis y 266 LOPJ, desarrollados en los artículos 4 y 5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

123.- En particular, conforme a lo ordenado en el artículo 235 bis LOPJ y en el artículo 212.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción procede de la L.O. 7/2015, el acceso al texto de las



resoluciones dictadas en el seno del proceso, sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

124.- El apartado 2 ha de adecuarse a las previsiones recogidas en la LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que, con el objetivo de intensificar la protección de los derechos, vino a abordar la protección de datos en el ámbito de los Tribunales, distinguiendo entre ficheros y datos jurisdiccionales, los vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional, y los no jurisdiccionales.

125.- Como se puso de manifiesto por éste órgano constitucional al informar, con fecha 26 de octubre de 2017, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, implica el tratamiento de datos personales, si bien las limitaciones y exigencias derivadas del principio constitucional de la independencia judicial, puestas de relieve por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (cfr. STS de 2 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:8497), determinan la sustracción de las normales competencias que corresponden a las autoridades de control en materia de protección de datos para referirlas exclusivamente al órgano de gobierno del Poder Judicial, y en el establecimiento de un régimen legal específico, todo ello en el marco de la LOPJ.

126.- Por ello, al igual que se ha puesto de manifiesto al tratar del artículo 10.3 del Anteproyecto, cuando se trate de datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, la competencia que el artículo 49.2 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ.

127.- Asimismo, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, en el apartado 2 del artículo 49 APLO, junto a la cita de las mujeres, una referencia a las niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales, de manera coherente con el ámbito de aplicación recogido en el artículo 2.2 del Anteproyecto.

128.- En relación con el citado artículo 49.2 del texto proyectado debe destacarse favorablemente la intención del prelegislador de garantizar una protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual,



especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación si bien, al margen de las funciones y potestades que corresponden a la Agencia Española de Protección de Datos, acordes con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, resultaría sumamente conveniente dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto.

129.- En este sentido puede traerse a colación lo recogido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuya disposición final tercera venía a modificar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir de forma explícita en esta norma procesal la facultad del Juzgado de Instrucción de acordar de forma cautelar, de oficio o a instancia de parte, la retirada de contenidos ilícitos de páginas webs y/o la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan tales contenidos, con la finalidad de evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, buscando salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito, con el siguiente tenor:

«En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

130.- Esta previsión normativa, de alcance general y por ello aplicable a cualquier delito cometido a través de internet, el teléfono u otras tecnologías de la información, que venía a establecer, con carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que serían acordadas, los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, dotando a los Jueces de herramientas efectivas al respecto, ha sido retirada del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia según el texto que figura publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020.

131.- En relación con la inicialmente proyectada modificación del artículo 13 de la LECrim, que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y con la que se lograría el objetivo de dotar a los Jueces de herramientas efectivas para la



adopción de medidas de retirada, interrupción o bloqueo de contenidos ilícitos difundidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación, este órgano constitucional, en el informe a dicho Anteproyecto, aprobado por el Pleno el día 30 de mayo de 2019, puso de manifiesto una valoración sumamente favorable al venir a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información, corrigiendo con ello un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

132.- Entendiendo este Consejo que en aras de garantizar debidamente la protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación, a que se refiere el artículo 49.2 APLO, sin perjuicio de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, resulta necesario dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto, y se sugiere al prelegislador que valore la conveniencia de recuperar la propuesta de modificación del artículo 13 de la LECrim que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, teniendo en cuenta las consideraciones a dicho texto formuladas por este órgano constitucional, que se recogieron en los siguientes términos que, atendida su especial importancia, se reproducen de manera literal:

«278.- El prelegislador introduce en la ley procesal penal una medida de restricción de contenidos ilícitos difundidos a través de los servicios de la sociedad de la información con la que se pretende evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, con el fin de salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito. A pesar de la calificación en el propio texto proyectado como medida cautelar, no estamos ante una medida cautelar en sentido estricto, esto es, una medida ordenada a garantizar el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia y, en consecuencia, a posibilitar el ejercicio del ius puniendi del Estado, sino que, más bien, como indica su ubicación sistemática en el artículo 13 LECrim, se trata de una medida de protección a los ofendidos o perjudicados por la difusión de los contenidos ilícitos.»



279.- *La previsión de esta medida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye, ciertamente, una novedad, pero viene a plasmar en la norma rituaría un tipo de actuación frente al fenómeno de la ciberdelincuencia que ya se contempla en la Ley 24/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE, en adelante) y en el propio Código Penal.*

280.- *La LSSICE en su artículo 8 regula las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información. En concreto, dispone que por la autoridad competente cabe adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación del servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos cuando atenten o puedan atentar contra alguno de los siguientes principios:*

«a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia.

e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.»

281.- *De acuerdo con el último párrafo del artículo 8.1 LSSICE, «[e]n todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información».*

282.- *Por su parte, el artículo 11 LSSICE establece el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación con las autoridades competentes que requieran alguna de las medidas de restricción de los servicios de la sociedad de información, a fin de impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos continúen difundiéndose. De una lectura integrada de este precepto junto con el artículo 8 LSSICE cabe identificar las*



siguientes medidas que las autoridades pueden requerir de los prestadores de servicios de intermediación:

- a) *La retirada de datos y contenidos ilícitos en un determinado servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, una página web). Se trata de una medida dirigida a evitar la permanencia en el mundo digital de contenidos que contravengan alguno de los principios enumerados en el artículo 8.1 LSSICE, que resulten claramente identificables y separables de otros contenidos lícitos.*
- b) *La interrupción o bloqueo de la prestación de un servicio de la sociedad de información. A través de esta medida se impide el acceso por los usuarios a todo el contenido alojado en un determinado servidor en los supuestos, al ser total o mayoritariamente de carácter ilícito y no tener carácter más o menos puntual y separable de eventuales contenidos lícitos.*
- c) *Impedir el acceso desde España al servicio de la sociedad de la información que contenga contenidos ilícitos y su prestador esté establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Se trata de una medida que evita tener que acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional para lograr la ejecutabilidad de medidas judiciales de retirada o interrupción del servicio que afecten a prestadores establecidos en el extranjero.*

283.- Finalmente, el artículo 11.4 LSSICE dispone que las anteriores medidas «serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten».

284.- El Código Penal prevé de forma expresa en la tipificación de determinados delitos la adopción de medidas de neutralización de contenidos ilícitos difundidos a través de páginas web, aplicaciones de Internet o, en general, servicios de la sociedad de la información. En concreto, con una redacción más o menos equivalente, aunque no idéntica, se establece la posibilidad de adoptar medidas de retirada de contenidos o interrupción del servicio en relación con la difusión de pornografía infantil (art. 189.8 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, previsión con la que se traspone la obligación de adoptar medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil establecida en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE), la infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 270.3 CP, modificado por la LO 1/2015), la comisión de delitos de incitación al odio (art. 510.6 CP, introducido por la LO 1/2015) y el enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578.4 y .5 CP, en la redacción dada por la LO 2/2015).



285.- *A los anteriores supuestos añade ahora el anteproyecto la posibilidad de adoptar este tipo de medidas en relación con la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de protección al suicidio (art. 143 bis AL), a la autolesión (art. 156 ter AL), al consumo de productos o sustancias o a la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios que suponga un riesgo para la salud de las persona (art. 361 bis AL), o a promover, fomentar o incitar a la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, de exhibición y provocación sexual y de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis AL).*

286.- *Desde el punto de vista sustantivo, las medidas contempladas en el precepto proyectado se acomodan a lo previsto tanto en la LSSICE como en los preceptos del Código Penal señalados, estableciéndose los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, todas de carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que son acordadas.*

287.- *Una primera cuestión que plantea la nueva redacción del artículo 13 LECrim es su alcance en relación con las previsiones contenidas en el Código Penal vigente, así como en las modificaciones proyectadas de ese texto legal. La redacción del segundo párrafo del artículo 13 LECrim está formulada en términos generales de modo que cabe entender que este tipo de medidas cautelares o de protección pueden ser acordadas respecto de cualquier delito cometido a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación. Si la nueva habilitación contenida en el artículo 13 LECrim tiene un alcance general de aplicación, cabe plantearse qué tipo de relación debe establecerse entre este precepto y las específicas previsiones de este tipo de medidas en el Código Penal vinculadas a determinadas conductas delictivas (arts. 189.8, 270.3, 510.6 y 570.4 y .5 CP; así como los proyectados artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP introducidos por el Anteproyecto). Los preceptos penales vendrían a expresar los casos en los que el legislador ha considerado la adopción de medidas de restricción sobre servicios de la sociedad de la información (retirada, interrupción del servicio y bloqueo del acceso desde España) como adecuadas, necesarias y proporcionadas en relación con la gravedad de los delitos. De este modo las específicas previsiones del Código Penal tendrían para el aplicador del nuevo artículo 13 LECrim un valor indicativo de la gravedad de los delitos respecto de los que resulta justificado, en términos de*



proporcionalidad, anudar la adopción de estas medidas restrictivas con carácter cautelar.

*288.- De este modo, el juez de instrucción al amparo del nuevo artículo 13 LECrim podrá acordar, como primeras diligencias, la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción de los servicios que ofrezcan dichos servicios o su bloqueo provisional, siempre que concurren los presupuestos de este tipo de medida cautelar, esto es, el *fumus boni iuris* consistente en la ilicitud indiciaria del contenido difundido y el *periculum in mora* derivado de la necesidad de neutralizar la permanencia delictiva, en relación con delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otra tecnología de la comunicación que revistan una gravedad equivalente a la de los tipos penales respecto de los que el legislador ha previsto específicamente este tipo de medidas.*

289.- Un entendimiento de la nueva redacción del artículo 13 LECrim en este sentido merece una valoración favorable pues viene a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información. El anteproyecto corrige así un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

290.- El alcance general de la habilitación del nuevo párrafo segundo del artículo 13 LECrim permite, por lo demás, rectificar la inconsistencia existente en la redacción vigente del artículo 510.6 CP en relación con los artículos 189.8, 270.3 y 578.5 CP, pues mientras en estos últimos se prevé que las medidas de retirada y bloqueo se puedan adoptar de forma cautelar, en el primero se limita disponer que podrán ser acordadas en la sentencia, por tanto, como medidas definitivas y no como medidas provisionales.

291.- Mientras los referidos preceptos del Código Penal tienen carácter orgánico, el artículo 13 LECrim tiene carácter ordinario, pues así se desprende de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que modificó este precepto previamente reformado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de lo que cabe inferir que el legislador ha entendido que la materia objeto de regulación no incide en la reserva de Ley Orgánica dispuesta en el artículo 81.1 CE. Entendimiento que se mantiene, por lo demás, en el anteproyecto como se desprende de la disposición final undécima que declara el carácter ordinario, entre otras, de las disposiciones que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



292.- *Las medidas de retirada, interrupción o bloqueo que se prevén en el proyectado artículo 13 LECrim constituyen límites al ejercicio de la libertad de comunicación, reconocida en el artículo 20.1.d CE, establecidos en razón de la necesaria protección de los derechos fundamentales de las víctimas y de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE), y como consecuencia de la ilicitud del contenido de lo difundido y divulgado derivada de su tipificación como delito. Es más, cabe entender que la prohibición penal de la difusión de determinados contenidos o informaciones prohibidas delimita el ámbito protegido por la libertad de información, de modo que este tipo de contenidos penalmente ilícitos quedan fuera del contenido propio del derecho fundamental. De este modo, retirar o impedir su difusión no constituye, propiamente, una restricción al contenido de un derecho, sino la consecuencia apropiada de la prohibición penal. Es claro, por tanto, que la regulación proyectada no incide sobre materia reservada a Ley Orgánica, al no constituir lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de «restricciones directas del derecho fundamental» que constituyen una forma de desarrollo del derecho fundamental (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).*

293.- *La ubicación sistemática de la previsión proyectada merece alguna reflexión. El prelegislador ha estimado como sedes materiae más adecuada la regulación procesal de las primeras diligencias que, por su carácter urgente, corresponde adoptar al Juez inmediatamente que tenga noticia de la perpetración del delito, aun no siendo el competente. No resulta objetable esta opción del anteproyecto dado el carácter tuitivo para las víctimas que tienen las medidas previstas. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe plantear como alternativa la inserción de esta norma habilitadora para acordar restricciones en la difusión a través de internet y otras tecnologías de la comunicación en el marco del capítulo V del Libro IV como eventual artículo 823 ter. En efecto, en el referido capítulo se prevén las medidas de secuestro de publicaciones y de prohibición de difusión en relación con los delitos cometidos, respectivamente, a través de medios de difusión mecánicos (art. 816 a 823 LECrim) y a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 823 bis LECrim). La adaptación y actualización de esta regulación a la realidad de los medios de comunicación actuales aconsejaría incorporar el tratamiento específico de las medidas de restricción procedentes respecto de los delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otras tecnologías de la información o la comunicación.*

294.- *En cuanto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juez podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio*



de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al principio acusatorio (art. 505 LECrim).

295.- Debe advertirse que la regulación propuesta no resultará aplicable a los supuestos de medidas de retirada o bloqueo referidas a pornografía infantil, pues para este tipo de delito el artículo 189.8 CP condiciona la adopción por el Juez de estas medidas con carácter cautelar a la previa petición del Ministerio Fiscal. El carácter orgánico del precepto le hace resistente a la nueva regulación procesal proyectada, por lo que para mantener el carácter homogéneo del tratamiento procesal de estas medidas resulta necesario acometer la reforma del segundo párrafo del artículo 189.8 CP, eliminando el inciso final «a petición del Ministerio Fiscal».

296.- Si bien, como se ha señalado, las medidas de restricción al tener por objeto contenidos ilícitos no inciden directamente sobre el ámbito protegido por la libertad de información, debe tenerse en cuenta que a la hora de configurar su concreto alcance puede incurrirse en exceso, afectando a contenidos lícitos protegidos por el derecho fundamental. En este contexto, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012; Cengiz y otros c. Turquía, de 1 de diciembre de 2015) que ha subrayado la importante conexión que se establece entre la nuevas formas de comunicación a través de internet y el derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo desde la perspectiva del emisor de las informaciones sino también de los usuarios que acceden a los servicios on line. Así, en la STEDH Cengiz y otros c. Turquía se ha afirmado:

«Internet se ha convertido en uno de los principales medios a través de los que los individuos ejercen su derecho a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, aportando herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre temas políticos y temas de interés general. [...] Además, en cuanto a la importancia de los sitios de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión, dada su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet juega un papel importante en la mejora del acceso por el público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general. La actividad expresiva generada por el usuario en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.» (par. 49 y 52)

297.- A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado contrarias al Convenio medidas de bloqueo del acceso a webs de



carácter general e indiscriminado por resultar desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida. Es por ello necesario garantizar que la medida de bloqueo afecte efectivamente al contenido ilícito y que no exista peligro alguno de que se bloquee el acceso a materiales legales.

298.- Las previsiones contenidas en los vigentes artículos 189.8, 270.3, 510.6 y 578.4 CP se configuran en términos respetuosos con el principio de proporcionalidad. En particular, el artículo 578.4 CP explicita los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de acordar este tipo de medidas: a) cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar la difusión, y b) cuando se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos penalmente ilícitos.

299.- Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación proyectada debe mejorarse, en el sentido de especificar que la interrupción provisional de los servicios debe ceñirse a aquellos «que ofrezcan exclusiva o preponderantemente dichos contenidos». Esta misma fórmula debe incorporarse en los correspondientes preceptos del Código Penal proyectados (art. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis) sustituyendo la expresión «predominante», que resulta gramaticalmente incorcondante.»

133.- Por lo que respecta a la previsión recogida en el apartado 3 del artículo 49 APLO, relativa a la posibilidad de acordar el juzgado o tribunal competente, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, al igual que se ha apuntado en relación al apartado 1, supone una reiteración de lo ya recogido en diferentes normas procesales, como los artículos 138, 355.1 y 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 301, 322, y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

134.- Por ello, debería suprimirse el apartado 3 del artículo 49 por redundante e innecesario. La eliminación de esta previsión, por un lado, no ocasionaría una laguna de protección pues, como se ha señalado, las normas procesales ya contienen reglas adecuadas y, por otro lado, redundaría en una mayor coherencia del contenido del artículo proyectado, al evitarse la confusión en un mismo precepto de garantías de carácter administrativo (apartado 2) y garantías procesales (apartado 3).

135.- El **apartado 2 del artículo 52 del Anteproyecto** dispone que "[/]*As Administraciones Públicas dispondrán sin dilaciones todos los mecanismos judiciales [...] necesarios para asegurar que la víctima tenga acceso efectivo a la indemnización por los daños y perjuicios producidos, a través de medios de compensación justos y eficaces*", sugiriéndose la modulación de la redacción propuesta toda vez que, salvo escasas excepciones, el inicio de los



procedimientos judiciales se encuentra directamente vinculado a la legitimación del actuante, sin que exista en nuestro Ordenamiento una acción pública a estos efectos.

136.- Señala el **artículo 58.1** del Anteproyecto que (el subrayado es nuestro):

«Se articularán protocolos de actuación que aseguren una actuación global e integral de las distintas Administraciones Públicas y servicios implicados y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan. Así, en el ámbito de sus competencias, las Administraciones sanitarias y las educativas, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales y los organismos de Igualdad dispondrán de protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales coordinados con las demás Administraciones Públicas competentes.»

137.- Por lo que respecta a la actividad probatoria en el seno de los procesos conviene destacar que se encuentra regulada en las distintas normas procesales y que la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales forma parte del legítimo ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva, toda vez que de conformidad con lo establecido en el art. 117.3 de la Constitución, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes (por todas STC 111/2018, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:2018:111). Por ello, resultaría conveniente la adecuación de la redacción propuesta incorporando referencia expresa a lo dispuesto en las normas procesales.

138.- En segundo lugar, alude este apartado del **artículo 58.1** APLO a la Administración de Justicia previendo, con carácter imperativo, que habrá de disponer "*de protocolos de detección, atención e intervención o derivación de las violencias sexuales coordinados con las demás Administraciones Públicas competentes*".

139.- En conexión con este apartado del artículo 58 del texto proyectado ha de destacarse el contenido del artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2004, rubricado «[p]lanes de colaboración», conforme al cual:

«1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones



sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

3. Las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales 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 o las mujeres con discapacidad.»

140.- En relación con la previsión recogida en el artículo 58.1 APLO resulta necesario traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia «Administración de Justicia» recogida, entre otras, en la Sentencia 162/2012, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TC:2012:162):

«5. [...] Dicha delimitación competencial la hemos reiterado en nuestra doctrina (SSTC 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo; 158/1992, de 26 de octubre; 105/2000, de 13 de abril; y 253/2005, de 11 de octubre, entre otras) distinguiendo entre un sentido estricto y un sentido amplio en el concepto de Administración de Justicia. Así, en cuanto al primero, tal como recuerda la STC 109/2011, de 22 de junio, FJ 3, «al Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia ex art. 149.1.5 CE (al respecto, STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 6, doctrina posteriormente reiterada en las SSTC 105/2000, de 13 de abril, FJ 2, y 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5)», competencia que supone, en primer lugar, «que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en



segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución)» (STC 294/2006, de 11 de octubre, FJ 3). Por lo que respecta a las competencias autonómicas en esta última Sentencia y fundamento jurídico indicamos que «[f]rente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal al servicio de la Administración de Justicia, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales.»

141.- Deben separarse, por tanto, la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, frente, por otro lado, a aquellos otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal. Así, el ámbito propio de las competencias de las administraciones prestadoras será la provisión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, que en modo alguno podrá afectar a las competencias propias de los órganos de gobierno interno del Poder Judicial.

142.- De otro lado, se ha de resaltar que la garantía de independencia es inherente a la función de juzgar, y como indisociable del derecho al juez independiente e imparcial y, por ende, al debido proceso (artículo 6 CEDH y artículos 19.2 TUE y 47 CDFUE), supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia (STJUE 7 de febrero de 2019, asunto C-49/19, Comisión/Portugal, ECLI:EU:C:2019:106).

143.- Así, tal y como afirmó el Pleno del Tribunal Constitucional, reunido en Cádiz en el Oratorio de San Felipe Neri, el día en que se cumplían doscientos años de la promulgación de la Constitución Española de 1812, «*La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del*



legislativo y del ejecutivo» (STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 4). Específicamente, el artículo 12 LOPJ proclama la independencia de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial, prohibiendo a los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos y al Consejo General del Poder Judicial «dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional».

144.- De este modo, ha de tenerse en cuenta que los protocolos a los que alude el precepto proyectado no podrán, en ningún caso, contener previsiones que incidan, afecten o condicionen el ejercicio de la jurisdicción cuya independencia está constitucionalmente garantizada, quedando fuera de los mismos cualquier prescripción, indicación o pauta que tenga por objeto el ejercicio de la función jurisdiccional, entendiéndose por tal, en palabras de la STS Sala 3ª 3564/2015, de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3564), *«todas aquellas situaciones en las que el Juez debe efectuar una mínima operación valorativa fáctica o jurídica para la adopción de decisiones que puedan resultar procedentes en el marco de una actuación procesal».*

145.- El **artículo 61** del texto remitido, *«[r]ecogida y presentación de datos sobre la eficacia de las medidas»*, en tanto prevé que, para garantizar un seguimiento eficaz de la ley, las Administraciones Públicas competentes han de recoger datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de justicia, incorporando a estos efectos *la información relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales*, al igual que el artículo 5 del Anteproyecto, ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Consejo General del Poder Judicial, previendo específicamente el apartado 2 del artículo 87 quáter de la LOPJ introducido por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que *«anualmente se elaborará un informe sobre los datos relativos a violencia de género y violencia sexual, que será publicado y remitido a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso de los Diputados, así como a la Comisión Especial de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Informe del Senado sobre las estrategias contra la Violencia de Género aprobadas en el marco del Pacto de Estado».*

b) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal



146.- La disposición final primera del Anteproyecto introduce tres modificaciones en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM), en particular, en los artículos 112, 681.3 y 709 LECRIM.

147.- En primer lugar, se incorpora un nuevo segundo párrafo al **artículo 112** LECrim en el que se regula como novedad relevante la posibilidad de revocación de la renuncia a la acción civil derivada del delito. Como cualquier derecho subjetivo la acción civil *ex delicto* es renunciable por el perjudicado por el delito (art. 107 LECRIM). Para anular el efecto abdicativo o extintivo de la acción civil, exige el artículo 110 LECRIM que esta *«se haga de una manera clara y terminante»*, no bastando la mera no personación en la causa de los perjudicados para entender renunciado el derecho a la restitución, reparación o indemnización nacido a su favor con ocasión del delito. Formulada la renuncia se produce el efecto extintivo de la acción civil sin que la Ley, en su redacción vigente, prevea la posibilidad de revocación de la misma. La irrevocabilidad de la renuncia de la acción ha sido afirmada por los Tribunales sobre la base de la falta de previsión legal. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:9291) afirma que *«el art. 110 apartado primero de igual Ley Rituaria determina que 'los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones', de lo que cabe inferir, a sensu contrario, que la víctimas, o perjudicados, por un delito que hubieren renunciado a su derecho no pueden mostrarse parte nuevamente en la causa, ni ejercitar acciones penales a las que se han renunciado»*.

148.- El Anteproyecto pretende modificar este estado de cosas, introduciendo la posibilidad de revocación de la renuncia por parte del perjudicado cuando concurren determinados requisitos y previa autorización judicial. La revocabilidad de la renuncia se condiciona a la concurrencia de una doble condición alternativa: bien *«si los efectos del delito son muchos más graves que los que se preveían en el momento de la renuncia»* bien *«si la renuncia pudo estar motivada por los vínculos personales o familiares de la víctima con la persona autora del delito»*. En ambos casos se contemplan hipótesis de revocación de aquella decisión derivadas de una incorrecta representación o determinación de los intereses concernidos en la renuncia por causa de una infravaloración de la entidad del daño causado por el delito o de una sobreestimación de los lazos familiares o personales. El precepto rodea de garantías suficientes la revocación al exigir que sea acordada por resolución judicial, previa solicitud *«de la víctima»*, formulada antes del trámite de calificación del delito, y audiencia de las partes.



149.- La regulación propuesta merece un juicio positivo pues con ella se limitan las consecuencias perjudiciales de una renuncia a la acción civil formulada sin una correcta valoración de la situación, evitando, de este modo, que el sujeto activo del delito se beneficie de la abdicación del derecho a la reparación de un daño que resulta mayor del inicialmente considerado o se vea favorecido por consideraciones familiares o personales que hayan podido enturbiar la valoración del propio interés del perjudicado ante las consecuencias dañosas de la acción delictiva.

150.- Desde un punto de vista técnico, resulta preferible sustituir la referencia a la víctima por la persona perjudicada o el perjudicado, pues éste es el término que emplea la LECrim para referirse al titular de la acción civil. Cabe considerar que el prelegislador al limitar la revocabilidad de la renuncia a la víctima estaría circunscribiendo esa posibilidad a los sujetos pasivos del delito con exclusión de los terceros que hayan podido sufrir daños de la acción delictiva. Pero desde el punto de vista del debido resarcimiento civil del daño *ex delicto* no resulta justificable esta diferencia de trato normativo entre los perjudicados por el delito, cuando las razones que avalan la posibilidad de la revocación (por infraestimación del daño o sobreestimación del vínculo familiar o personal con el presunto autor) son predicables tanto del perjudicado sujeto pasivo de la acción típica como de los terceros a los que alcanzan los efectos del delito.

151.- Una segunda reforma procesal consiste en la ampliación de la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de determinadas víctimas, contenida en el **artículo 681.3** LECrim, a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual.

152.- La prohibición de divulgación o publicación relativa a la identidad de determinadas víctimas contemplada en el artículo 681.3 LECrim fue introducida por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se relaciona con la garantía del derecho a la protección de la intimidad de las víctimas prevista en el artículo 22 del Estatuto de la víctima del delito en los siguiente términos: *«Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.»*

153.- Si bien el artículo 22 del Estatuto de la Víctima del Delito y, coherentemente con él, el artículo 681.3 LECrim limitan el alcance de la



prohibición de divulgación o publicación de información sobre la identidad de las víctimas a aquellas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección, la extensión de esta medida procesal de protección frente a la victimización secundaria a las víctimas de delitos contra la libertad sexual merece una valoración positiva y encuentra justificación suficiente. En efecto, la medida supone una restricción del derecho a comunicar y recibir información veraz sobre el desarrollo de los procesos penales que resulta plenamente justificada, de acuerdo con la doctrina constitucional, por el mayor peso de los derechos a la dignidad, integridad e intimidad personal de las personas que han sufrido alguna de las acciones delictivas tipificadas en el Título VIII del Libro II del Código Penal.

154.- Así, la STC 127/2003, de 30 de junio, ha afirmado: *«Ninguna duda existe sobre la consideración de los sucesos de relevancia penal como acontecimientos noticiables (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4, y 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5). Y ello, con independencia incluso del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, como aquí es el caso (por todas, SSTC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4). Pero dicha consideración no puede incluir la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, por innecesaria para transmitir la información que se pretende. En definitiva, los datos que los reportajes periodísticos examinados revelan sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto pueda tener relevancia informativa en relación con la agresión sexual padecida y su enjuiciamiento, por lo que no puede merecer la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE»* (FJ 9). Y en el mismo sentido cabe citar la STC 185/2002, de 14 de octubre.

155.- Ahora bien, confiriendo el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la propia imagen, *«un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona»* (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8), en relación con los supuestos de víctimas de delitos sexuales adultas, la prohibición de divulgación o información sobre datos sobre su identidad o de imágenes de su persona debería quedar excepcionada en el caso de consentimiento expreso.

156.- La tercera reforma en la ley rituarial penal introducida por el anteproyecto tiene por objeto el **artículo 709** LECrim en el que se añade un nuevo tercer párrafo en el que, tras la regla establecida en el párrafo segundo conforme a la cual el presidente o presidenta del Tribunal tomará medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la



vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, se contiene una suerte de especificación de la regla del siguiente tenor: *«En todo caso, en los delitos contra la libertad sexual, se entenderán incluidas en las categorías anteriores las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias».*

157.- La justificación inmediata de tal añadido se encuentra en el artículo 54 del Convenio de Estambul que, bajo la rúbrica *«Investigación y pruebas»*, dispone: *«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 al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario».*

158.- La opción del prelegislador por la literalidad de la incorporación de la norma convencional en nuestra ley procesal, por un lado, no viene a cubrir un pretendido déficit de protección de la víctima, pues la regla existente en el artículo 709 segundo párrafo LECrim ya cubre lo demandado por el artículo 54 del Convenio de Estambul dado que es claro que los antecedentes sexuales y el comportamiento de una persona constituyen una instancia del concepto de vida privada que se integran con naturalidad en su núcleo de significación. Desde este punto de vista, puede considerarse que el añadido del tercer párrafo resulta innecesario.

159.- Por otro lado, la redacción del precepto, aunque parece presentarse como una especificación de la regla anterior (*«se entenderán incluidas en las categorías anteriores las preguntas relativas [...]»*), introduce sensibles diferencias de las que se desprende que lo pretendido es una exclusión de este tipo de preguntas sujeta a excepción, para el caso que se aprecie su necesidad y pertinencia, constriñendo así la dirección y control material de la prueba que corresponde al juez o jueza en orden a asegurar que la preguntas formuladas guarden necesaria influencia en la causa y se refieran al *thema decidendi*.

160.- No cabe desconocer que en los procesos seguidos por delitos sexuales una de sus particularidades es que la declaración de la víctima deviene la prueba principal de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y ello determina que las estrategias de defensa tiendan a focalizarse en cuestionar la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima. Este tipo de estrategias pueden comportar, por su carácter invasivo y acompañadas de la formulación de prejuicios de género, una revictimización que debe ser evitada por el juez en el ejercicio de sus facultades de dirección del juicio. En este sentido el artículo 709 segundo párrafo LECrim, en conjunción con lo



previsto en el artículo 25.2.c del Estatuto de la Víctima del Delito, opera como mecanismo de protección de los derechos de la víctima (dignidad, intimidad, vida privada) a la hora de controlar las preguntas formuladas, pero el criterio determinante de su acceso al plenario será el de su necesidad y pertinencia para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, no cabe descartar que por las circunstancias concurrentes en un caso resulte precisa la indagación en los antecedentes o comportamientos sexuales de la víctima.

161.- Desde un punto de vista técnico, con el fin de evitar la confusión introducida en el nuevo párrafo proyectado, resultaría más adecuado mantener la regla del párrafo segundo, que es concreción del principio de pertinencia consagrado en el primer párrafo del artículo 709 LECrim, introduciendo la referencia a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima como especificación del concepto de vida privada. Asimismo, la redacción debería emplear el lenguaje inclusivo. En este sentido, se sugiere la siguiente redacción:

«El Presidente o Presidenta podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular, en los delitos contra la libertad sexual, respecto a los antecedentes sexuales o al comportamiento de la víctima, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente o Presidenta no permitirá que sean contestadas».

162.- Aunque el anteproyecto no lo ha contemplado, debe señalarse que una de las técnicas procesales adecuadas para evitar la victimización secundaria de quienes han sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, en especial en los delitos de trata, es la preconstitución de la prueba y su incorporación posterior al debate plenario para garantizar el derecho de contradicción, evitando así el mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo que supone el enfrenamiento en el juicio oral con la persona acusada. Razones derivadas de la vulnerabilidad de la víctima y del tipo de delito configurarían así una causa legítima que impediría la presencia del sujeto pasivo del delito en el acto del juicio oral. En este orden de consideraciones, sería plausible que el prelegislador introdujera la oportuna regulación de la prueba preconstituida en ese tipo de casos, teniendo en cuenta que en el proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, actualmente en trámite en las Cortes Generales (BOCG, serie A, núm. 22, de 19 de junio de 2020), ya se contiene un nuevo artículo



449 bis y 449 ter LECRIM que regula la prueba preconstituida para el caso de menores víctimas de delito.

c) Consideraciones sobre la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

163.- La disposición final segunda introduce algunas modificaciones en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, mediante las que se regula los tratamientos farmacológicos.

164.- Se introduce un **nuevo apartado 4 al artículo 66** mediante el que se regula los requisitos para administrar a los internos un tratamiento farmacológico. Entre estos requisitos reviste especial relevancia el necesario consentimiento del interno que debe ser informado y pleno. Con el fin de garantizar que el consentimiento sea libre, se prevé que la aceptación o rechazo del tratamiento no podrá conllevar consecuencias positivas o negativas para la situación penitenciaria del interno.

165.- Se añade un nuevo **artículo 74 bis** en el que, por un lado, se regula la realización de terapias conjuntas con las víctimas y, por otro lado, se regula el tratamiento farmacológico inhibitor del deseo sexual en los casos de concesión de permisos de salida. Esta última previsión resulta inadecuadamente ubicada, pues su lugar sistemático debería situarse en el capítulo VI relativo a los permisos de salida, configurando un nuevo apartado 3 en el artículo 47. En todo caso, a la vista de la regulación proyectada, el carácter libre del consentimiento resulta cuestionable.

d) Consideraciones sobre la modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

166.- En la **Disposición final cuarta** se suprime del párrafo a) del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la referencia al artículo 14 de la Constitución así como a los anuncios que presenten a las mujeres de forma discriminatoria, recogiendo por el contrario, la Exposición de Motivos distintas referencias al artículo 14 del texto constitucional, por lo que podría resultar conveniente que, al menos en la MAIN, se introdujera la razón de ser de esta modificación.

e) Consideraciones sobre la modificación del Código Penal

167.- La reforma del Código Penal en materia de derecho penal sexual constituye una parte muy relevante del presente Anteproyecto. Dentro de la



disposición final quinta, que introduce las correspondientes modificaciones en el articulado de la ley penal, cabe distinguir, a efectos de análisis, por un lado, la novedosa configuración del Título VIII del Libro II del Código Penal, que merece un estudio de las opciones de política criminal que ha adoptado el prelegislador y, por otro lado, un conjunto de reformas puntuales de preceptos penales que, aunque guardan relación con el objetivo de la ley de garantizar (penalmente) la libertad sexual, no están directamente conectados con la tipificación de los delitos sexuales.

I

168.- Dentro de la disposición final quinta del APLO se contienen modificaciones parciales de algunos preceptos del Código Penal distintas de las referidas al Título VIII del Libro II.

169.- El **artículo 83 CP** regula las prohibiciones y deberes que, en caso de suspensión del cumplimiento de la pena, cabe imponer a la persona condenada bien facultativamente (apartado 1) bien de forma imperativa (apartado 2). La imposición imperativa de las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del artículo 83.1 CP (es decir, prohibición de aproximación o de comunicación; prohibición de residir en determinado lugar o de acudir a ellos; y obligación de realizar determinados programas relacionados con el delito cometido) se contempla para los casos de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aún sin convivencia.

170.- Al artículo 83.2 CP se le añade el siguiente segundo párrafo: *«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4».*

171.- Debe señalarse que el carácter imperativo de la imposición de estos deberes y prohibiciones se justifica en la medida en que se trata de medidas con una función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima frente a futuros ataques contra los bienes jurídicos penalmente tutelados en el contexto de relaciones afectivas y de convivencia que pueden facilitar su comisión. En este sentido, son proyectables al artículo 83.2 CP las consideraciones efectuadas por la STC 60/2010, de 7 de octubre, en relación con la constitucionalidad del artículo 57.2 CP.

172.- La reforma proyectada viene a extender la función protectora de estas medidas a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual (es obvio que



la redacción del párrafo introducido en el artículo 83.2 se refiere a los delitos contra la libertad sexual, y no genéricamente contra la libertad, por lo que debe corregirse la dicción del precepto), matrimonio forzado, mutilación genital femenina, trata de seres humanos, así como todo delito cometido por motivos de discriminación consignados en el artículo 22.4 CP.

173.- Puede estimarse que la naturaleza de los delitos contra bienes personalísimos como la autodeterminación individual en la esfera sexual (y afectiva) o la integridad física precisa como medida de protección frente a la reiteración delictiva de este tipo de medidas de imposición obligatoria en caso de suspensión del cumplimiento de la pena. Ahora bien, la previsión de que tal imposición obligatoria se acuerde respecto de los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP comporta la extensión de estas medidas a un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales. Tal automatismo proyectado sobre un muy amplio catálogo de ataques de bienes jurídicos penalmente protegidos plantea dudas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, por lo que resultaría más adecuado mantener, en estos supuestos, el margen de arbitrio judicial que concede el artículo 83.1 CP con el fin de graduar, en atención de las concretas circunstancias, la intensidad de los deberes y prohibiciones que deben acordarse en los casos de suspensión de la ejecución de la pena impuestas por delitos con agravante de motivos discriminatorios.

174.- El **artículo 84.2 CP** establece que, a la hora de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, no podrá acordarse la imposición de del pago de una multa cuando exista alguna de las relaciones personales o familiares indicadas en el precepto entre la persona condenada y la víctima (relación conyugal o equivalente, filiación, consanguinidad, afinidad o convivencia). La finalidad buscada por el legislador consiste en proteger los intereses económicos de la víctima que mantiene vínculo con la persona condenada.

175.- El APLO introduce un segundo párrafo al artículo 84.2 CP mediante el que extiende la anterior limitación *«cuando se trate de los delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2»*. Tal y como está redactado este nuevo párrafo o bien resulta innecesario o bien carece de justificación. Si la intención del prelegislador es extender la limitación del artículo 83.2 a los supuestos en que las víctimas de delitos sexuales mantengan algún tipo de relación personal o familiar con la persona condenada, tal previsión resulta sobrerá pues el artículo 84.2 CP vigente ya da respuesta a esa hipótesis. Si, por el contrario, el precepto proyectado pretende extender tal limitación (no imponer el pago de multa como condición de la suspensión de ejecución de la condena) a todo supuesto de delito contra



la libertad sexual con independencia de que exista una relación personal o familiar de la víctima con la persona condenada, nos encontraríamos ante una disposición cuyo fin legítimo no resulta asequible. Por ello, se sugiere eliminar la modificación del artículo 84.2 CP prevista en el apartado dos de la disposición final quinta del Anteproyecto.

176.- Se introduce un nuevo apartado 4 en el **artículo 172 bis CP** en el que se prevé el contenido civil de las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado. Se trata de una modificación que está en línea con lo ya previsto en el artículo 193 CP y da cumplimiento a lo previsto en el artículo 32 del Convenio de Estambul respecto de las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos, por lo que debe ser valorada positivamente. Debe eliminarse la reiteración del inciso «*en su caso*» al final del precepto.

177.- Se introduce una relevante modificación en la tipificación en el **artículo 172 ter CP** del delito de acoso o *stalking*, incorporado en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al eliminar el requisito de que la conducta típica «altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana» y sustituirlo por el de que «altere de cualquier modo el desarrollo de su vida cotidiana».

178.- Como la jurisprudencia ha puesto de relieve, el delito tipificado en el artículo 172 ter CP venía a ser una consecuencia del Convenio de Estambul que obligaba al Estado a tipificar el acoso como «*comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad*».

179.- La jurisprudencia había interpretado este delito como «*un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido*» (STS de 12 de julio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2819).

180.- El legislador exigía, de este modo, como resultado típico la producción de una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, delimitando así el ámbito de lo penalmente sancionado de lo que pudiera considerarse meras molestias o incomodidades. Como afirmó la STS del Pleno de la Sala Segunda de 8 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1647), «*la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto. Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso*



no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima».

181.- El cambio normativo proyectado parece determinar que el delito de acoso u hostigamiento pasaría de ser un delito de resultado a un delito de mera actividad. Bastará la comisión de forma insistente y reiterada de alguna de las conductas tipificadas en el precepto para considerar que se ha consumado el delito. Ya no se exige rebasar un determinado umbral de perturbación o alteración de la vida cotidiana de la persona acosada (por ejemplo, que como respuesta a la insistencia de la conducta hostigadora el sujeto pasivo del delito se vea obligada a alterar sus hábitos cotidianos, como vía de escapatoria), pues la dicción típica *«alterar de cualquier modo la vida cotidiana»* abarca un muy amplio espectro de afectaciones del bien jurídico protegido, incluidas, cabe pensar, las molestias o incomodidades, adquiriendo así el delito un mayor espacio típico. La relevancia penal del desvalor se sitúa, así, en la conducta que deberá adoptar alguna de las formas comisivas tipificadas y revestir las notas de insistencia y reiteración. De este modo, siendo idónea la conducta para alterar la vida cotidiana resultará irrelevante desde el punto de vista de la tipicidad el grado de gravedad de esa alteración. Se amplía, en consecuencia, el ámbito de la prohibición penal, sin que de la exposición de motivos o la MAIN se desprenda la razón político-criminal que dé razón de este cambio. La ampliación del espacio típico que supone la punición de conductas que alteren de cualquier modo la vida cotidiana del sujeto pasivo comporta, aparentemente, la desvinculación de la conminación penal del bien jurídico protegido, esto es, la libertad personal. Por ello, y atendiendo el principio de intervención mínima, debería seguir exigiéndose en el tipo un nivel de intensidad suficiente de la acción para afectar el libre desenvolvimiento del sujeto pasivo.

182.- Se introduce un último párrafo en el apartado 1 del artículo 172 ter CP que mejora técnicamente la redacción, además de incorporar a la circunstancia agravante la situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad. La adición de una cláusula abierta que permite apreciar la situación de especial vulnerabilidad *«por cualquier otra circunstancia»* precisará de una interpretación estricta que haga previsible la apreciación de cuando concurre la agravación del delito.

183.- Se introducen determinadas modificaciones en el **artículo 173 CP**. En primer lugar, se incorpora un nuevo párrafo en el apartado 1 relativo a la pena que corresponderá a la persona jurídica responsable de los delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario. Debe corregirse la redacción del apartado cinco de la disposición final quinta APLO pues resulta evidente que el párrafo proyectado no puede ser el primero del apartado 1 si no el último de este



aparataado, pues sólo así tiene sentido la remisión a «los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores».

184.- El **apartado 4 del artículo 173**, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó las faltas, tipifica como delito leve las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 que tipifica los malos tratos habituales en el ámbito familiar. El Anteproyecto introduce un nuevo segundo párrafo en este precepto en el que se tipifica lo que algún sector doctrinal ha denominado con una finalidad más descriptiva que de precisión técnica «acoso sexual callejero». El precepto proyectado prevé lo siguiente: *«Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad»*.

185.- En la base de la adición de este nuevo tipo penal parece pesar la consideración por el prelegislador que la obligación contenida en el artículo 40 del Convenio de Estambul no se cumple adecuadamente con la existencia de los delitos de acoso sexual del artículo 184 CP o del denominado acoso sexual funcional del artículo 443.1 CP, resultando necesaria la adopción de un tipo de carácter residual que abarque aquellos comportamientos o expresiones de carácter sexual que generen una situación humillante, hostil o intimidatoria en el sujeto pasivo, fuera de los contextos relacionales contemplados en otros preceptos del Código Penal (ámbito laboral, educativo, administrativo o de relación de servicios). El artículo 40 del Convenio de Estambul establece la obligación de las partes de adoptar medidas *«para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales»*.

186.- En el contexto europeo no es frecuente la tipificación de un delito de acoso sexual genérico, no vinculado con ámbitos de relación de mayor riesgo por la familiaridad, proximidad y asiduidad de las interacciones. Cabe señalar al respecto los casos de Francia, Bélgica y Portugal. En Francia, tras la reforma aprobada por la Ley 2018-703, de 3 de agosto (*Loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*), el artículo 621.1 del Código penal francés tipifica como delito «el hecho de imponer a una persona cualquier comentario o comportamiento con connotación sexual o sexista que, o bien atente contra la dignidad en razón de su carácter degradante o humillante, o



bien cree una situación intimidatoria, hostil u ofensiva en su contra». Una tipificación similar se encuentra en la ley belga de 22 de mayo de 2014. En Portugal esta modalidad de acoso sexual se tipifica en el artículo 170 del Código penal.

187.- En el marco de la falta de vejaciones injustas del artículo 620 CP anterior a la reforma del 2015, los Tribunales han venido sancionando casos de piropos obscenos (SAP Álava 112/2006, de 1 de septiembre [ECLI:ES:APVI:2006:736]), proposiciones o insinuaciones de connotación sexual no deseadas (SAP Asturias 109/2004, de 1 de junio [ECLI:ES:APO:2004:1981]; SAP Madrid 97/2008, de 26 de febrero [ECLI:ES:APM:2008:2298]), o, incluso, tocamiento leves, fugaces y sorpresivos (SSTS 949/2005, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2005:5033], y 832/2007, de 5 de octubre [ECLI:ES:TS:2007:6798]).

188.- La limitación del ámbito de los sujetos pasivos del delito de vejaciones injustas del artículo 173.4 CP puede haber hecho pensar al prelegislador que existe una laguna de protección en la ley penal de los bienes jurídicos dignidad e integridad moral frente a este tipo de conductas que no resultan absorbidas por otros delitos de mayor gravedad.

189.- En línea con las reflexiones formuladas respecto del artículo 173 ter CP, en este caso, desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

190.- En el marco del delito del denominado acoso sexual funcional, el Anteproyecto amplía el ámbito de los sujetos activos del delito del **artículo 443.2 CP** a los funcionarios de «*centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia*», superando así la falta de tipicidad de conductas merecedoras de reproche penal por tener lugar, también, en el marco de relaciones de dependencia y de restricción de la libertad ambulatoria.

II

191.- Tras la reforma del Código Penal de 1989 que adaptó el derecho penal sexual a los valores y principios constitucionales, al consagrar como bien jurídico protegido la libertad sexual, la regulación de esta materia ha sido objeto de varias reformas legislativas. Con la aprobación del Código penal de 1995 se estableció como *summa divisio* de los ataques al bien jurídico la distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales. Diferenciación que ha sido mantenida a lo largo de las sucesivas modificaciones del Título VIII



del Libro II y que el presente Anteproyecto viene a superar mediante la refundición de las distintas formas comisivas en un único tipo de agresiones sexuales (con modalidades agravadas y atenuadas). Esta es la novedad más relevante del texto, de la que da razón su exposición de motivos: *«Como medida relevante, se elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul»*.

192.- El Título VIII del Libro II del Código Penal ha sido objeto de cinco reformas de distinto alcance (Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Tal celo legislativo en esta materia ha dado lugar, en palabras de la jurisprudencia, a una *«laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal de 1995, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015»* (STS de 28 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2599], con cita de las STS 411/2014, de 26 de mayo, y STS 553/2014, de 30 de junio).

193.- La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 proyectado. El tipo básico de agresión sexual o de violación no diferencia según la gravedad de los medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.), incluyéndose un tipo atenuado facultativo apreciable por el juzgador en atención de la menor entidad del hecho.

194.- Ciertamente, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos se conceptúa la violencia sexual como todo acto de naturaleza sexual no consentido sobre otra persona. Así se desprende del artículo 36 del Convenio de Estambul. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la relevante sentencia X e Y c. Holanda, de 26 de marzo de 1985, se ha establecido entre las obligaciones positivas de protección derivadas del derecho al respecto de la vida privada (art. 8 del Convenio) la de penalizar las conductas que atenten contra la libertad sexual, en particular en los supuestos de vulnerabilidad de la víctima: *«Aquí hay en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Sólo una legislación criminal puede asegurar una prevención eficaz, necesaria en este ámbito»*



(par. 27). A la hora de configurar el alcance de esa protección penal frente a la violencia sexual, el TEDH, tras un análisis del derecho internacional y comparado, ha considerado que el umbral de la penalización debe situarse en la falta de consentimiento, sin que pueda exigirse un estándar superior como la resistencia activa de la víctima: «*De acuerdo con las normas y tendencias contemporáneas en esa área, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención deben considerarse como que exigen la sanción y el enjuiciamiento efectivo de cualquier acto sexual no consensuado, incluso en ausencia de resistencia física por la víctima*» (Sentencia M.C. c. Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003, p. 166).

195.- En el contexto europeo, cabe identificar distintos modelos de tipificación de los ataques a la libertad sexual. Algunas legislaciones nacionales exigen para la realización del tipo el empleo de algún medio comisivo mediante el que se doblegue la voluntad de la víctima. Así, el Código penal francés tipifica como *agresion sexuelle* «*cualquier agresión sexual cometida con violencia, coerción, amenaza o sorpresa*» (art. 222-22) y el Código penal italiano sanciona como autor de un delito de *violenza sessuale* a «*cualquiera que, por violencia o amenaza o por abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o sufrir actos sexuales*».

196.- Otros Estados han optado, en cambio, por definir el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, distinguiéndose en este sentido dos paradigmas: aquellas regulaciones que consideran que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo y las que tipifican la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. En el primer caso (que en el ámbito anglosajón se denomina, “*yes model*”), se encuentran países como Gran Bretaña o Suecia. En el segundo (“*no model*”), se encuadra el caso de Alemania.

197.- En el ámbito de Inglaterra y Gales, la *Sexual Offences Act* de 2003 castiga como autor de violación (*rape*) a una persona que tiene acceso carnal con otra sin su consentimiento (§ 1) y como autor de abuso sexual (*sexual assault*) a quien intencionadamente mantiene un contacto sexual con otra persona sin su consentimiento (§ 3). Por consentimiento a los efectos de la ley se entiende que «*una persona presta su consentimiento si está de acuerdo por elección, y tiene la libertad y la capacidad para tomar esa decisión*» (§ 74), complementándose esta cláusula general con un listado de situaciones en las que se presume (*iuris tantum*) que no existe consentimiento como cuando se ha usado violencia, intimidación, el sujeto pasivo se encontraba dormido o inconsciente, etc. (§ 75). Una regulación similar se contiene en Escocia en la *Sexual Offences Act* de 2009.



198.- En Suecia, tras la reforma de 2018, el Código penal castiga por violación a la persona que mantenga una relación sexual, o realice otro acto sexual equiparable, con una persona «*que no participe voluntariamente*» (Capítulo 6, sección 1) y por abuso sexual (*sexual assault*) quien realice actos sexuales distinto a los anteriores con quien no participe voluntariamente (sección 2). Para determinar si la participación es voluntaria o no, el precepto legal, dispone que se prestará especial consideración a si la voluntad fue expresada verbalmente o mediante hechos o de otro modo y se lista una serie de circunstancias en las que debe considerarse que la participación no ha sido voluntaria (fuerza, violencia, amenazas, intimidación, etc.).

199.- Por su parte, el *Strafgesetzbuch* alemán, tras la reforma de 2016, tipifica el delito de agresión sexual en su artículo 177.1 como la comisión de actos sexuales sobre una persona contra la voluntad reconocible de esta (*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*). Se tipifican, igualmente, como agresión sexual los supuestos en que concurre fuerza, intimidación, abuso o sorpresa (art. 177.2 StGB)

200.- La opción por un modelo u otro es objeto de debate. Ciertamente el “modelo del veto o del no” exige del sujeto pasivo una aportación comunicativa a fin de poder apreciar delito: debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto. De este modo en supuestos de situaciones ambiguas o silencio, no concurriendo ninguna de las circunstancias específicamente tipificadas en el artículo 177.2 StGB, deberá estimarse que no existe delito. En cambio, en los casos de las legislaciones que adoptan el “modelo del consentimiento afirmativo o del sí”, el tipo sólo puede excluirse cuando conste el consentimiento del sujeto pasivo. El punto crucial de diferencia entre un modelo u otro parece situarse en el distinto trato normativo a ciertas situaciones límite en las que únicamente pueda probarse la existencia de un silencio pasivo, sin circunstancias adicionales.

III

201.- El Anteproyecto da nueva redacción a la **rúbrica del Título VIII del Libro II** del Código Penal que pasa a denominarse «*Delitos contra la libertad sexual*», suprimiendo, de este modo, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por los tipos del Título. Fue la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999 la que incorporó el concepto de indemnidad como objeto de tutela penal junto a la libertad sexual, al considerar el legislador que con el fin de responder adecuadamente a las exigencias de tipificación de las conductas el bien jurídico protegido no podía reducirse a la libertad sexual, sino «*que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad*»



sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

202.- La eliminación de la referencia a la indemnidad sexual no viene acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores. No se modifica la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años, salvo en los casos en que el autor del delito sea de edad próxima al sujeto pasivo (art. 183 bis CP proyectado), por lo que el cambio de rúbrica del título no pretende expresar una ampliación del ámbito de la libertad sexual (positiva) de los menores de edad. Cabría considerar que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad) respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad *in fieri*, en el sentido de preservar las condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer con la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual. Ahora bien, la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c) en la redacción proyectada) el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor. Por ello se sugiere valorar el mantenimiento de la rúbrica actual del título.

203.- El cambio relevante introducido por la reforma es la creación en el **artículo 178 CP** de una **única categoría delictiva de agresión sexual** que aglutina lo que hoy constituyen dos categorías de tipos distintas, el de agresión sexual y el de abusos sexuales.

204.- La distinción entre ambas figuras responde a la existencia de una diferencia material en el grado de lesividad de las conductas. Así, la actual regulación se sustenta en el criterio sistemático de la presencia de determinados medios comisivos que determinen el *dobleamiento de la voluntad* (violencia o intimidación), la obtención de un *consentimiento viciado* mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, el aprovechamiento un *consentimiento inválido*, en el caso de víctimas menores de 16 años o de abuso de un trastorno mental, o la realización de la conducta sexual *sin el consentimiento* del sujeto pasivo por la previa anulación de su voluntad o verse privada de sentido o por realizarse por sorpresa o porque



no ha existido una aceptación inequívoca de la participación en el acto sexual. En la regulación actual, el legislador anuda una distinta penalidad a las diferentes conductas típicas expresando de este modo un distinto desvalor de acción y de resultado de cada una de ellas.

205.- La regulación actual ha sido objeto de críticas en algunos extremos relevantes. Así se ha puesto de relieve que la tipificación como abusos sexuales del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea que anule la voluntad de la víctima, introducida por la LO 5/2010, resulta inadecuada para absorber la cantidad de injusto de la acción, pues el empleo de este tipo de sustancia no es sino una forma de violencia que debería ser castigada como agresión sexual.

206.- También se ha discutido la diferencia entre agresión y abuso a partir de la concurrencia de intimidación o prevalimiento de una situación de superioridad. Entre uno y otro medio comisivo no existe, ciertamente, una diferencia material nítida, pues ambos conceptos remiten a realidades que se solapan, haciendo que la distinción del núcleo de significación de uno y otro sea una cuestión de grado. La vaguedad de los conceptos típicos conlleva, inesquívamente, dificultades en la subsunción de los hechos en la norma penal (y ante la dificultad de distinguir, en caso de duda debe aplicarse la solución más favorable [STS 10 de febrero de 1999, ECLI:ES:TS:1999:838: *«Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo ("in dubio pro reo")»*]), con el consiguiente riesgo de crítica a las resoluciones judiciales por no ajustarse a las expectativas de aplicación correcta, tal y como se ha comprobado en los últimos tiempos en algún caso notorio.

207.- Respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico.

208.- La indiferencia valorativa de los medios comisivos que comporta la unificación proyectada pugna con el principio de proporcionalidad en una doble dirección.

209.- Por un lado, la tipificación del nuevo artículo 178 CP puede incurrir en una prohibición de defecto de protección (*Untermassverbot*, en la



terminología de la iuspublicística alemana) al resultar irrelevante para la norma penal el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no. Desde el punto de vista de la prevención general de la norma, el tipo debe desincentivar con una conminación penal más grave aquellos comportamientos más disvaliosos. La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor.

210.- El prelegislador, con buen criterio, no ha querido trasladar esta indiferenciación valorativa a las agresiones sexuales contra menores de 16 años. El proyectado artículo 181 CP distingue entre un tipo básico con pena de prisión de dos a seis años (apartado 1) y un tipo agravado para los casos en que en la realización de actos sexuales con un menor de 16 años concurra *«alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178»*, esto es las señaladas en el artículo 178.2 CP (*«violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»*).

211.- Con el fin de evitar ese efecto desprotector, sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior. Cabe señalar que el Código Penal acude de forma frecuente a esta circunstancia de violencia o intimidación para crear tipos agravados, tal como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, los delitos contra los derechos de los trabajadores o en el delito de allanamiento de morada. En estos casos se establecen tipos agravados cuando los hechos se ejecutan con violencia o intimidación.

212.- Por otro lado, puede incurrirse en una prohibición de exceso (*Übermassverbot*) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Con el fin de evitar una respuesta penal desproporcionada, se ha incorporado en el **artículo 178.3 CP** un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador, razonándolo en la sentencia, imponer una pena menos grave *«en atención a la menor entidad del hecho»*. La opción del prelegislador se asemeja a la previsión contenida en el artículo 609 bis, último inciso, del código penal italiano en el que se dispone que en



los casos de menor gravedad la pena se disminuirá en un máximo de dos tercios. Debe recordarse, sin embargo, que mediante este tipo privilegiado en el código italiano se viene a flexibilizar el tratamiento uniforme en el concepto unitario de *violenza sessuale*, efectuado por la reforma legislativa de 1996, del acceso carnal violento (del antiguo art. 519 CP) y de otros actos libidinosos violentos (art. 521 CP anterior a la reforma). De este modo, el tipo privilegiado facultativo, en el caso italiano, tiene como objeto actos de naturaleza sexual de menor intensidad, en los que deben concurrir en todo caso las notas típicas de violencia, amenaza o abuso de autoridad.

213.- El concepto «*menor entidad del hecho*» empleado en el artículo 178.3 CP proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar lugar a la apreciación de «*menor entidad*». La opción más idónea, desde el punto de vista de técnica legislativa, es configurar este mismo apartado tercero como un tipo autónomo atenuado en el que se vincule la menor entidad al acto sexual y se excluya su aplicación cuando concurren las circunstancias del apartado segundo, esto es, «*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*».

214.- El anteproyecto introduce en el artículo 178.1 CP una **definición del consentimiento**, especificando la calidad de este para poder apreciar la exclusión de la tipicidad. Dice el precepto: «*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*».

215.- El artículo 36.2 del Convenio de Estambul establece que el consentimiento debe «*prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio considerado en el contexto de las circunstancias*». No contiene el texto internacional determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. Del precepto convencional se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto. El consentimiento no puede ser un estado mental inaccesible para los demás, sino que debe exteriorizarse de



algún modo que lo haga reconocible, pero los datos que permitan constatar la manifestación de la voluntad y su grado de accesibilidad dependerán de las concretas circunstancias. El Convenio no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto. Como expone el Memorándum Explicativo de la Convención en relación con el artículo 36, «[a]l implementar esta disposición, las Partes del Convenio deben adoptar legislación penal que englobe la noción de falta de consentimiento otorgado libremente respecto de cualquiera de los actos sexuales enumerados [...]. Sin embargo, corresponde a las Partes decidir sobre la redacción de la legislación y los factores que, en su opinión, impiden el libre consentimiento. El párrafo 2 solo especifica que el consentimiento debe darse voluntariamente como resultado del libre albedrío, valorado en el contexto de las circunstancias concurrentes».

216.- La regulación del Código Penal vigente en materia de delitos contra la libertad sexual se asienta ya sobre la idea de consentimiento. Así, en la redacción actual todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo es punible, sea en la forma de agresión o de abuso sexual, bien porque no exista tal consentimiento o bien porque se trate de un consentimiento viciado. No obstante, dadas las dificultades de definición derivadas del principio de contexto, nuestro Código Penal no contiene una definición general de consentimiento y en los distintos tipos se hace referencia a éste sin mayor precisión o se emplea el término voluntad. A este respecto resulta suficientemente significativa la definición de consentimiento ofrecida por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española («*Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*»). En el ámbito del delito de lesiones se contiene, sin embargo, unas exigencias específicas para el consentimiento como causa de atenuación del delito, que debe ser emitido «*válida, libre, espontánea y expresamente*» (art. 155 CP).

217.- La definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento). Pero las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, que no se oculta en la Exposición de Motivos, cuando se refiere a «*reorientar el régimen de valoración de la prueba*». Así, la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser



probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal.

218.- Para nuestra jurisprudencia no ha resultado problemático determinar cuándo cabe apreciar que concurre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad en atención a las circunstancias. Tampoco definir las notas que deben concurrir en el consentimiento sexual (entre las más recientes, por ejemplo, SSTS 145/2020, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:882], 147/2020, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:1151], 369/2020, de 3 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2490]). El estado actual de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no difiere de la descripción que a este respecto se contiene en la regla 70 de la Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional:

«En los casos de violencia sexual, la Corte se guiará y, en su caso, aplicará los siguientes principios:

(a) El consentimiento no puede inferirse de las palabras o la conducta de una víctima, cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de una coacción socavó la capacidad de la víctima para dar voluntaria y genuinamente el consentimiento;

(b) El consentimiento no puede inferirse de las palabras o la conducta de una víctima cuando la víctima es incapaz de dar un consentimiento genuino;

(c) El consentimiento no puede inferirse por el silencio o la falta de resistencia de la víctima de la presunta violencia sexual;

(d) La credibilidad, el carácter o la predisposición a la disponibilidad sexual de una víctima o testigo no puede inferirse en razón de la naturaleza sexual de la conducta anterior o posterior de la víctima o testigo.»

219.- Tampoco la incorporación de una definición de consentimiento parece que pueda evitar la victimización secundaria, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que se integran en la definición, lo que provocará que los interrogatorios se centren en el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para integrar el alcance de la cláusula «*circunstancias concurrentes*».

220.- Por otro lado, la definición proyectada contiene elementos contradictorios. La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. La primera parte de la definición de consentimiento admite claramente ambas formas de manifestación (*expressis verbis* o *facta concludentia*), sin embargo, el inciso final exige que la voluntad de participar en el acto sea expresa. Por ello, para eliminar la contradicción, el precepto debería referirse



a la voluntad, sin otras precisiones, como por otra parte es la práctica del Código cuando emplea este término (arts. 197 bis, 202, 234, 245 CP), que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

221.- La inclusión de una cláusula normativa de consentimiento reviste una decisiva importancia, no solo para la propia configuración normativa del injusto y de los elementos que lo integran, sino en su proyección en el proceso y en la determinación de la carga de la prueba que debe exigirse a la acusación. La redacción de los presupuestos del consentimiento habilitante del contacto sexual, a la luz de la Exposición de Motivos, que de manera textual afirma buscar un cambio de perspectiva sobre el régimen de valoración de la prueba, obliga a poner de manifiesto, y a recordar, los graves problemas de compatibilidad constitucional ex artículos 24 CE y 47 CDFUE que introduce cualquier modelo de intervención penal que comporte o estimule una inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal. La Directiva 2016/343 que normativiza el contenido de la presunción de inocencia no deja lugar a la duda. Como se establece en su artículo 6, regulador de la carga de la prueba: «1. *Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.* 2. *Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto*». En definitiva, la propuesta normativa sometida a informe de este Órgano constitucional no debería introducir riesgo alguno de afectación del principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, de la mano de fórmulas normativas de tipificación que sugieran modificación de la carga de prueba que ex *Constitutione* debe recaer sobre las acusaciones.

222.- En las legislaciones que han optado por tipificar los delitos de violencia sexual a partir del denominado modelo del consentimiento se ha introducido una modalidad imprudente de comisión, con el fin de penalizar aquellos supuestos en los que el autor no ha desplegado la diligencia necesaria y exigible para determinar que el sujeto pasivo ha emitido un consentimiento válido y eficaz. Tal es el caso del código penal noruego (sección 192) y sueco (capítulo 6, sección 1).

223.- En nuestra regulación vigente, la falta de una disposición específica que sancione la imprudencia conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP), que en los



supuestos de error vencible sobre la concurrencia de uno de los elementos del tipo (por ejemplo, la falta de consentimiento) deba acordarse la absolució n (en este sentido, *mutatis mutandi*, el caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6804]). Es cierto que con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas el aplicador podría encuadrar los supuestos dudosos por falta de dolo directo en el ámbito del dolo eventual, pero, sin duda, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible.

224.- El **artículo 179 CP** tipifica el delito de violación en términos idénticos a la regulación vigente, rebajando, sin embargo, la pena de prisión de seis a 12 años a prisión de cuatro a diez años. El ámbito de aplicación del delito se amplía en coherencia con la nueva tipificación de las agresiones sexuales del artículo 178 CP, de modo que los abusos sexuales con penetración del actual 181.4 CP pasan a tipificarse como delitos de violación. El anteproyecto se sitúa, de este modo, en la línea de la LO 11/1999 que reintrodujo el tradicional *nomen iuris* violación en el Código Penal y la ampliación de su campo de cobertura tiende a ajustarse a los usos lingüísticos de la sociedad.

225.- El **artículo 180 CP** enumera las circunstancias agravantes del tipo básico de agresiones sexuales y de violación, introduciendo algunas novedades.

226.- La agravante de que los hechos se cometan por la actuación de dos o más personas (**art. 180.1.1ª CP**), al haberse unificado las actuales conductas de agresiones y abusos sexuales, puede aplicarse a aquellas modalidades de agresión sexual que con el Código vigente se calificarían de abusos. Se recoge, de este modo, una adecuada punición de conductas que presenten un mayor desvalor y que ahora no daban lugar a una pena agravada por la limitación de circunstancias agravantes de los abusos sexuales contenida en el artículo 181.5 CP.

227.- El **artículo 180.1.2ª CP** contempla la circunstancia agravante de que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Ambas circunstancias remiten a bienes jurídicos distintos: integridad física, de un lado, e integridad moral, en el otro. Por ello, por razón de una mejor sistemática, sería conveniente que la circunstancia violencia de extrema gravedad se ubique en el artículo 180.1.6ª CP (uso de armas u otros medios igualmente peligrosos) cuyo bien jurídico subyacente es el mismo. Debe llamarse la atención de que la introducción de la circunstancia de la concurrencia de violencia de extrema gravedad responde a la incorporación



de lo previsto en el artículo 46.f del Convenio de Estambul, pero tal agravación determina que el tipo básico de agresión sexual absorbe los supuestos en que concurra violencia, aunque esta sea grave, lo cual redundará en las consideraciones ya efectuadas sobre el efecto de desprotección que puede generar la opción por la parificación de todos los medios comisivos de un ataque a la libertad sexual en único tipo.

228.- El carácter particularmente degradante o vejatorio se predica actualmente de la violencia o intimidación (art. 180.1.1ª CP vigente), por lo que la agravante se vincula al medio comisivo. La propuesta se refiere a «actos» que revistan tal carácter y que precedan o acompañen a la agresión sexual. El término actos tanto puede referirse a los medios comisivos como al acto de naturaleza sexual en que consista el atentado, por lo que se amplía el campo de aplicación de la agravante.

229.- En el **artículo 180.1.3ª CP** se mantiene sustancialmente la redacción vigente, introduciendo, sin embargo, como cláusula abierta la de que la situación de especial vulnerabilidad puede apreciarse «*por cualquier otra circunstancia*». No parece que de este enunciado se desprenda una voluntad del prelegislador de apartarse de la doctrina jurisprudencial que ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva del inciso «*víctima especialmente vulnerable por razón de su situación*» que vinculaba el motivo de la vulnerabilidad a la propia persona y no a factores objetivos o exteriores a la misma, que podían subsumirse en la agravante genérica del artículo 22.2 CP (SSTS 1386/2005, de 23 de noviembre [ECLI:ES:TS:2005:7539], y 625/2010, de 6 de julio [ECLI:ES:TS:2010:3840]).

230.- Se introduce una nueva circunstancia agravante en el **artículo 180.1.4ª CP**: «*Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*». La novedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.a del Convenio de Estambul, pero con la relevante variación de que la redacción propuesta introduce una variable de género que está ausente en el Convenio que se refiere a «*que el delito se hay cometido contra un cónyuge o pareja de hecho*».

231.- La nueva circunstancia agravante específica, a la vista de la evolución jurisprudencial, viene a consolidar normativamente la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación, y además concurre el plus de culpabilidad del autor por el desprecio a la comunidad de convivencia (SSTS 420/2018, de 25 de septiembre [ECLI:ES:TS:2018:3164],



99/2019, de 26 de febrero [ECLI:ES:TS:2019:591], 452/2019, de 8 de octubre [ECLI:ES:TS:2019:3035]).

232.- El **artículo 180.1.7ª CP** introduce como circunstancia el hecho de que para la comisión del delito el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, formulando como agravante lo que ahora es un medio comisivo del delito de abusos sexuales (art. 181.2 CP vigente). La redacción proyectada merece una valoración favorable que recoge el mayor desvalor de este tipo de conductas y que como se había puesto de manifiesto por la doctrina constituyen una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente.

233.- Se suprime el actual artículo 182 CP vigente que tipifica el delito de abuso realizado mediante engaño o prevalimiento sobre persona mayor de 16 años y menor de 18 años, reconduciéndose tal conducta al tipo básico de agresiones sexuales del artículo 178 CP.

234.- El **artículo 181 CP** proyectado tipifica las agresiones sexuales a menores de 16 años. La redacción del tipo básico contenida en el apartado 1 mejora técnicamente la actual regulación del artículo 183.1 CP vigente. La literalidad del tipo actual («*el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*») ha podido plantear dudas acerca de si se trata de un delito de propia mano del que se excluye aquellos actos sexuales que no impliquen contacto entre el sujeto activo y pasivo. Se trataba de dudas doctrinales que no han llegado a plantearse en nuestra jurisprudencia para quien las formas comisivas del delito admiten tanto el contacto directo del sujeto activo con el menor como los supuestos en que no concurra contacto corporal ni contigüidad física alguna (STS 301/2016, de 12 de abril [ECLI:ES:TS:2016:1487]). La letra del tipo deja claro ahora que el tipo incluye los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

235.- El **artículo 181.2 CP** tipifica las modalidades agravadas de agresión sexual contra menores de 16 años, por remisión a las formas comisivas contempladas en el artículo 178. Se introduce un tipo atenuado facultativo similar al previsto en el artículo 178.3 CP, si bien en lugar de «*menor entidad del hecho*» se dice «*menor gravedad del hecho*». Son trasladables en este punto las mismas observaciones expuestas más arriba sobre la falta de taxatividad del precepto.

236.- El **artículo 181.4 CP** contempla un listado de circunstancias agravantes respecto del que se reiteran las consideraciones ya formuladas



sobre la ubicación sistemática de la agravante «*violencia de extrema gravedad*», la amplitud del concepto de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y sobre el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima.

237.- La agravante contemplada en la letra f del artículo 181.4 CP proyectado supone trasladar al ámbito de las agresiones sexuales contra menores lo ya previsto para las agresiones sexuales contra mayores de 16 años, y supone una mejora técnica respecto de lo establecido actualmente en el artículo 183.4.f CP vigente, que contiene conceptos más abiertos e imprecisos.

238.- La agravante prevista en el **artículo 181.4.d CP** produce cierta perplejidad, pues tras la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio. No es descartable que puedan darse casos de relación de pareja en la que al menos uno de sus miembros se menor de 16 años, pudiendo ser aplicable la agravante en estos supuestos. En todo caso, el prelegislador debería reajustar la redacción de este precepto.

239.- El **artículo 182 CP** mantiene el delito contemplado en el artículo 183 bis CP vigente con alguna variación relevante. Por un lado, se elimina del tipo la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual con buen criterio pues tales conductas pasan a estar expresamente contempladas en el tipo básico del artículo 183.1 CP proyectado. Se mantiene, en cambio, la conducta típica consistente en hacer presenciar actos de naturaleza sexual, tal y como exige la Directiva UE/2011/93. En el tipo agravado previsto en el artículo 182.2 CP proyectado con el fin de mantener un nivel adecuado de precisión debería sustituirse el término «*delito de carácter sexual*» por «*delito contra la libertad sexual*».

240.- El **artículo 183 bis CP** proyectado introduce mejoras técnicas en la redacción del artículo 183 quater CP vigente. En particular, ha de valorarse favorablemente la limitación de la eficacia para la exclusión de responsabilidad penal del consentimiento del menor, que se circunscribe a los tipos básicos de agresión sexual del artículo 181.1 CP y del artículo 181.2 CP, a diferencia de la regulación vigente que extiende tal eficacia a todos los delitos contenidos en el capítulo II del título II. Esta precisión del ámbito de eficacia excluyente de la antijuricidad del consentimiento dota de mayor seguridad jurídica al precepto, pues al tener que tratarse de un consentimiento libremente formado es claro que deben excluirse los supuestos en que se haya obtenido mediante violencia, intimidación, engaño, abuso, etc. Esta limitación de la eficacia del consentimiento que en la



redacción vigente queda en manos del intérprete, se expresa ahora de modo claro y preciso en la norma.

241.- El **cuadro penológico** contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII supone una reducción del límite máximo de algunas penas.

242.- Así en el caso del tipo básico de agresión sexual se establece una pena de prisión de 1 a 4 años, cuando la vigente para agresiones sexuales es prisión de 1 a 5 años. Es cierto, sin embargo, que al absorberse los abusos sexuales en el tipo proyectado de agresión sexual se produce un agravamiento de la sanción penal de estas conductas penadas ahora con prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

243.- En el caso del tipo básico de violación se prevé una pena de prisión de 4 a 10 años, mientras que actualmente la violación se pena con 6 a 12 años de prisión y en el caso de abusos sexuales con penetración de 4 a 10 años.

244.- Para los tipos agravados, en el caso de agresión sexual la pena es de 2 a 6 años de prisión, mientras que actualmente es de 5 a 10 años. El tipo agravado de violación pasa de penarse de 12 a 15 años, cuyo límite superior se equipara al tipo básico de homicidio doloso (art. 138.1 CP), a una pena de 7 a 12 años.

245.- Ciertamente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el establecimiento de la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo es expresión de «*un complejo juicio de oportunidad*» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6) en la elaboración de la política criminal. Respecto de los marcos penales proyectados cabe señalar que el anteproyecto no ofrece una justificación de los nuevos umbrales de pena previstos. Por otro lado, la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente.

246.- El **artículo 184 CP** proyectado introduce como novedad destacable en la regulación del acoso sexual la previsión de la pena de inhabilitación especial de un año a quince meses para el tipo básico y de uno a dos años para el tipo agravado.

247.- Se modifica la tipificación del proxenetismo no coactivo en el **artículo 187.2 CP** proyectado, incorporando, aparentemente, un concepto más amplio de explotación. El vigente artículo 187.1 segundo párrafo, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 establece dos hipótesis en las que debe apreciarse la explotación lucrativa de la prostitución (consentida) de otra



persona: cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad o cuando se impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. El precepto proyectado dispone ahora que *«se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación»*.

248.- Parece clara la intención del prelegislador de ampliar el concepto de explotación vinculándolo a la existencia de una relación de dependencia o subordinación, esto es, que quien se lucra de la prostitución ajena controla, dirige y fija las condiciones de su ejercicio. Estos elementos objetivos del concepto típico de explotación resultan más asequibles al esfuerzo probatorio. Ahora bien, este planteamiento se ve empañado con el uso del sustantivo aprovechamiento, pues parece añadir un ítem distinto al del lucro cuyos contornos resultan difícilmente identificables. En este sentido, debería eliminarse el inciso *«aprovechamiento de»*.

249.- El **artículo 187 bis CP** proyectado introduce como delito contra la libertad sexual la denominada tercería locativa, actualmente impune, pero lo hace en unos términos tan exigentes que resulta dudoso que la finalidad de conminar penalmente este tipo de conductas que inciden sobre la libertad sexual de las personas sea realmente eficaz.

250.- El requisito de habitualidad deja fuera del tipo las conductas de quienes ceden con ánimo de lucro un espacio para la explotación de la prostitución de otra cuando tenga carácter más o menos puntual o no reiterado. No parece que la habitualidad exprese una cantidad de desvalor en comparación con la tercería locativa realizada de forma ocasional o no reiterada de tal magnitud que justifique que sólo esta forma comisiva merezca reproche penal. La tercería locativa no deja de contribuir a la explotación de la prostitución ajena, aunque no tenga carácter habitual, pues la lesión del bien jurídico protegido no desaparece por falta de reiteración. Por ello, debería contemplarse la punición de la tercería locativa no habitual como modalidad atenuada.

251.- Por otro lado, la delimitación de los espacios destinados a la explotación de la prostitución ajena que tienen relevancia típica parece responder a una visión del fenómeno que se quiere combatir que adolece de cierto convencionalismo. Debería establecerse una descripción más abierta de los espacios típicos que permita abarcar otro tipo de lugares idóneos (caravanas, tiendas, etc.) para la explotación de la prostitución.

252.- El **artículo 189 bis CP** en relación con las penas imponibles a las personas jurídicas penalmente responsables se introduce como mejora técnica la expresa previsión de la disolución de la persona jurídica.



253.- Se valora favorablemente la reubicación del **artículo 190 CP** dentro del capítulo VI relativo a las disposiciones comunes.

254.- El **artículo 194 bis CP** proyectado introduce una norma concursal conforme a la cual los delitos cometidos contra la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero y los delitos contra la libertad sexual se castigarán separadamente, esto es, conforme al principio de acumulación propio del concurso real.

255.- Con esta previsión normativa parece que deberá entenderse corregida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual las lesiones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual deben considerarse consumidas en el tipo delictivo, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil (Acuerdo del Pleno no jurisdicción de la Sala II de 10 de octubre de 2003, recogido en SSTS 7 de noviembre de 2013, 22 de octubre de 2015 y 5 de febrero de 2018). Por otra parte, respecto de las lesiones físicas, la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que la agresión sexual o la violación en su tipificación actual consume las lesiones producidas por la violencia como medio comisivo típico (SSTS 10 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2008). Con la regulación proyectada, en cambio, en la medida en que el tipo básico de agresión sexual no contempla específicamente como medio comisivo la violencia, cabe entender que el delito de agresión sexual no consumiría las lesiones producidas por la violencia, procediendo la aplicación de la norma concursal. En todo caso, debe subrayarse que no resulta justificado apartarse de las reglas concursales generales, bien definidas en su aplicación por la jurisprudencia, mediante el establecimiento de reglas especiales de concurso.

f) Consideraciones sobre la modificación de la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

256.- En la **disposición final sexta** se modifica la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dando una nueva redacción al apartado 2 del artículo 1, que viene referido al objeto de la ley reformada. Resulta evidente que el objetivo de la reforma es una ampliación de dicho objeto, pero al hacerlo se incurre en una reiteración innecesaria que podría generar un efecto contrario al pretendido. Así, dado que la redacción actual establece que «*Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia*», resulta innecesario y reiterativo que se añada «*incluyendo todos los contemplados en el Título VIII del Libro II del Código Penal*», toda vez que



es dicho Título el que tipifica los delitos contra la libertad sexual. Igual reiteración supone la inclusión específica de *«los delitos de terrorismo que consistan en un ataque a la libertad sexual y los delitos contra la comunidad internacional que afecten a la libertad sexual»*. Del mismo modo, el homicidio de la víctima aparece suficientemente contemplado en la ley, y de una forma adecuada desde el punto de vista sistemático, tanto a través del primer párrafo del artículo 1 como mediante la regulación de las ayudas a las víctimas indirectas que se realiza en el artículo 2, ya que, en caso contrario sería necesario incluir dicha referencia al homicidio en relación con todas las víctimas y no solo con las de violencia sexual, convirtiendo esta disposición de la ley en un artículo extenso y confuso. En cuanto a varias de las conductas que se enumeran a continuación, concretamente las detenciones ilegales o secuestros llevados a cabo con intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, suponen también en sí mismas bien una tentativa, bien un consumado ataque a la libertad sexual, lo que conduce a su inclusión automática en el precepto general. Del mismo modo, no se entiende la necesidad de inclusión de *«la abstención de actuar de una autoridad o funcionario para evitar un delito contra la libertad sexual, la omisión del deber de impedir un delito contra la libertad sexual»*, toda vez que si el atentado contra la libertad sexual se ha producido, la víctima entraría dentro del objeto de la ley que se establece actualmente, sin perjuicio de que en la comisión de dicho delito pudieran resultar penalmente responsables otras personas por conducta omisiva, cuestión que no es ni debe ser objeto de regulación en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre. Finalmente, la inclusión del *«abandono de menores de edad o incapaces mayores con capacidad modificada judicialmente, que ponga en peligro su libertad sexual»*, se presenta como una sentencia abierta e indeterminada, que exige de la prueba de que dicha puesta en peligro se habría efectivamente producido. Por otra parte, no es correcto referirse a “incapaces mayores con capacidad modificada judicialmente”, pues la capacidad modificada judicialmente denota la persistencia de la capacidad de la persona, por más que esté modificada en su contenido y extensión, siendo más correcto y más conforme al nuevo paradigma de la discapacidad referirse a “personas mayores con capacidad modificada judicialmente”.

257.- En definitiva, el intento de extender el objeto mediante una amplia enumeración de conductas que atentan contra la libertad sexual no solo resulta innecesario, como se ha señalado anteriormente, sino que implica el riesgo de delimitar el precepto en la práctica, al no ser posible describir toda la posible casuística, siendo la redacción actual más adecuada para poder abarcar cualquier ataque a la libertad sexual.



258.- Entre el resto de las modificaciones que se plantean, procede hacer las siguientes consideraciones en relación con el apartado 4 del artículo 6, relativo a la ayuda en caso de daños en la salud mental. La nueva redacción establece que para la reparación económica de los daños y perjuicios deberán ser evaluados una serie de conceptos: *«El daño físico y mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional, la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, el daño a la dignidad, el daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad, el tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine y las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas»*. No resulta desacertado el intento de concreción de aspectos a ser evaluados en el muy difícil ámbito de la cuantificación de lo que genéricamente vendría a referirse al "daño moral", más cuando, como ha señalado el Tribunal Supremo *«En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente»* (por todas, SSTS 105/2005 de 29 de enero de 2005 - ECLI: ES:TS:2005:421 y SSTS 40/2007 de 26 de enero de 2007- ECLI: ES:TS:2007:837). Ahora bien, procede poner de manifiesto la incongruencia que se produce entre alguno de los conceptos a ser evaluados, al venir referido el precepto exclusivamente a los "daños en salud mental", toda vez que dichos conceptos hablan a su vez específicamente de "daño físico", "daños materiales", y "tratamiento de salud sexual y reproductiva", resultando sistemáticamente más adecuado y clarificador que se incluyesen en dicho apartado únicamente las nociones directamente relacionadas con el daño mental y/o moral, y que se añadiera un nuevo apartado referido a daños físicos y materiales, o se optase simplemente por ampliar la referencia a "daños físicos, psíquicos, morales y materiales".

259.- En el apartado 1 del artículo 7 se añade un nuevo párrafo por el que se amplía la prescripción para la solicitud de ayudas en caso de víctimas de delitos de género o contra la libertad sexual a tres años. Debe señalarse que la ampliación del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas a tres años respecto de las víctimas de violencia de género ya se había incorporado en la Ley mediante la adición de un apartado 4 al artículo 7 por



la Ley 6/2018, de 3 de julio, por lo que el APLO en este punto viene a incorporar a este singular régimen a las víctimas de delitos contra la libertad sexual. En consecuencia, debería derogarse el apartado 4 del artículo 7. Por otro lado, cabe indicar que al fijarse como *dies a quo* del plazo, «*en todo caso*», la fecha en la que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso, se puede genera dificultades para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción en los supuestos de víctimas cuya condición de tales se haya determinado por vías ajenas al proceso penal.

260.- Por último, debe hacerse referencia a la modificación que se introduce en el apartado 5 del artículo 15, que añade al mismo el siguiente párrafo: «*Aun cuando el proceso se vea abocado a resolución que ponga fin al proceso penal por los supuestos de rebeldía, archivo por fallecimiento del culpable, o pudiera recaer sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 383, 641.2.º o 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o hubiere recaído ya dicha resolución judicial, siempre que existieren indicios razonables de haberse cometido los delitos objeto de aplicación de la presente ley, el Ministerio Fiscal vendrá obligado a solicitar y recabar, incluso con la interposición de los recursos oportunos, la identidad de la víctima, los daños físicos y psíquicos sufridos, su conexión causal con los hechos indiciariamente constitutivos de delito y en definitiva, cualquier prueba conducente para la obtención de la ayuda pública prevista en la presente ley*». Debe significarse que no forma parte de la misión constitucional del Ministerio Fiscal, establecida en el artículo 124 de la Constitución, facilitar a las víctimas la obtención de ayudas, sin perjuicio de su obligación, como acusador público, de llevar a cabo todas las acciones necesarias para el adecuado ejercicio de la acción penal y civil (artículo 3.4. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que implica instar a la autoridad judicial la práctica de las diligencias necesarias para que pueda ser determinada la responsabilidad civil por los daños causados por el delito, así como velar por la protección procesal de las víctimas (artículo 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Por ello, no resulta adecuado que por vía de la modificación de la Ley de 35/1995 se imponga al Ministerio Fiscal una obligación que no se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en su Estatuto Orgánico.

261.- El resto de las modificaciones planteadas a la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual suponen una extensión a las víctimas de delitos contra la libertad sexual de las disposiciones referidas actualmente a las víctimas de violencia de



género, lo que resulta congruente con el objetivo general del Anteproyecto objeto de informe.

g) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

262.- En relación con las modificaciones que introduce la **disposición final séptima**, resultaría técnica y sistemáticamente más adecuado que en vez de añadir el artículo 31 ter, que reproduce el artículo 31 bis pero en relación con las víctimas de violencia sexual, se hiciesen las adaptaciones oportunas en el mismo artículo 31 bis relativo a las víctimas extranjeras de violencia de género para incluir a las víctimas de violencia sexual.

263.- Por otra parte, con independencia de que se opte por incluir en el artículo 31 bis a las víctimas de violencia sexual o por mantener el nuevo artículo 31 ter, debe tomarse en consideración la regulación contenida en el artículo 59 bis de la Ley, referida a las víctimas extranjeras de trata de seres humanos. Este artículo establece una protección limitada, que requiere la cooperación de la víctima con las autoridades, en tanto que el nuevo artículo 31 ter -o el ampliado artículo 31 bis, en su caso-, el cual es aplicable a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, ofrece una protección sin condicionamiento de cooperación. Se produce una aparente concurrencia normativa que pudiera producir problemas en la determinación de la norma aplicable, y dar lugar a resultados contrarios a la finalidad y objetivo de la ley proyectada. Esta concurrencia queda salvada si entendemos, como parece indicar el artículo 31 ter, que el criterio que habrá de determinar la aplicación de uno u otro régimen de protección es la existencia o no de denuncia de los hechos presuntamente delictivos, de modo que el régimen proyectado en artículo 31 ter se aplicaría para el caso en que se haya formalizado ya el inicio de la investigación a través de la denuncia, mientras que el régimen del artículo 59 bis se desenvolverá en las fases previas a la formulación de la denuncia, aplicándose a todas las víctimas potenciales de trata de seres humanos.

h) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

264.- La **disposición final octava**, destinada a modificar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, realiza diversas adaptaciones en los artículos 37, 38, 66 y 68 destinadas a



incluir en los mismos la correspondiente referencia específica a la violencia sexual, de conformidad con el carácter y objetivo del Anteproyecto.

i) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

265.- La **disposición final décima** aborda la reforma de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, cuyo objeto es *«regular el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas con la finalidad de garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 1).*

266.- Se introducen modificaciones en el apartado 30 del artículo 7, que recoge, en su redacción actual, la falta grave de *«Realizar, ordenar o tolerar o no denunciar actos que, de cualquier modo, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»*

267.- Se articula con dicha reforma una nueva y diversa enumeración de los motivos de discriminación, optándose por la siguiente: *«discriminación por razón de la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad»*. A lo largo del texto del Anteproyecto objeto de informe se hace continua referencia a los diversos motivos de discriminación, y de forma destacada en el apartado 4 del artículo 2, relativo a los principios rectores, se señala que *«Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa de residencia, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*, recogiendo una enumeración indudablemente más extensa que la establecida en el artículo 14 de la Constitución *-nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social-*, si bien es sabido que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en innumerables resoluciones (por todas, STC 75/1983, de 3 de agosto - ECLI:ES:TC:1983:75 y STC 200/2001, de 4 de octubre -



ECLI:ES:TC:2001:200): *«Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE».*

268.- Nada hay que objetar, por tanto, a la explicitación de las posibles causas de discriminación que constitucionalmente aparecen bajo el paraguas de *“cualquier otra circunstancia personal o social”*, más aún teniendo en cuenta que ya se había optado por dicha extensión en la actual redacción, así como en otras múltiples disposiciones legales. Extraña, sin embargo, que en la modificación de la Ley disciplinaria militar se opte por una nueva enumeración que no aparece recogida en dichos términos en el texto proyectado ni en la MAIN del Anteproyecto, sin que aparezca explicación o justificación alguna de dicha específica modificación de esta disposición legal -que no se extiende a otras regulaciones relativas a los servidores públicos como la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen disciplinario de la Guardia Civil (artículo 7.4), Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (Artículo 7.1. n), o el más genérico Real Decreto 5/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto del Empleado Público (artículos 14 i), 53.4, 95.2b)-, siendo la redacción actual no sólo suficientemente amplia, sino más adecuada para una interpretación ajustada a las circunstancias gracias a la expresión *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* que, no obstante, se elimina en la nueva redacción, por lo que se sugiere la conveniencia de que el prelegislador mantenga la actual redacción o incluya la citada frase como cierre del precepto.

269.- Se añade *in fine* en el artículo 7.30 la expresión *«cuando no sean constitutivos de delito»*, lo que debe calificarse de reiterativo, toda vez que el artículo 7 se encabeza estableciendo *«Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito»*, sin que sea necesaria su adición en todos y cada uno de los apartados y sin que aparezca justificado que solo se reitere en el apartado 30.

270.- Del mismo modo, la modificación que se realiza queda incompleta, toda vez que no se lleva a cabo la correlativa reforma del apartado 12 del artículo 8, que regula la falta muy grave de *«Realizar, ordenar o tolerar actos que afecten a la libertad sexual de las personas o impliquen acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional u otros que, de cualquier modo y de forma reiterada, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en*



el trabajo, o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

271.- Se produce de esta forma una tipificación deficiente y confusa, que añade a la falta grave las acciones de *«acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales»*, cuando *«realizarlas, ordenarlas o tolerarlas»*, encontraban ya su específica regulación, por su mayor gravedad, en el artículo 8.12. En todo caso, si el objeto de la reforma fuese que el «no denunciar», acción típica exclusiva del artículo 7.30, se extendiera a las conductas de *«acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales»*, procedería que se especificase correctamente en el enunciado del precepto proyectado.

j) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito

272.- En su **disposición final decimoprimera** el Anteproyecto lleva a cabo la modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, reformando en primer lugar el artículo 5.1.m), en el que se sustituye el *«derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7»* por el más directo *«derecho a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7»*, de tal forma que los órganos jurisdiccionales ya no tendrán que esperar a recibir la correspondiente solicitud, sino que estarán obligados *prima facie* a notificar a la víctima dichas resoluciones. La modificación propuesta ahorra a las víctimas la necesidad de proceder primero a solicitar dicha notificación para poder tener derecho a ella, mejorando la efectividad del sistema de protección y despejando dudas respecto a dicho derecho a la notificación cuando se producía algún tipo de problemas en relación con la solicitud y su tramitación. Bien es cierto que, dado que esta disposición se configura como un derecho básico de las víctimas, a pesar de no ser parte del procedimiento penal, y dado también precisamente el propio objetivo general de esta ley - *«minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal»*-, procedería incluir una cláusula que permitiese a estas manifestar su deseo de no recibir dichas notificaciones.

273.- De forma correlativa, se procede a la modificación del apartado 1 del artículo 7, eliminando la referencia a la víctima *«que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1»*, ampliando el



precepto a "toda víctima". En cuanto a la modificación que se realiza del apartado 3, y que consiste en la ampliación del precepto original a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, resulta, sin embargo innecesaria, siendo lo procedente, a tenor de las modificaciones anteriores, eliminarla, ya que si todas las víctimas tienen derecho a ser notificadas de todas las resoluciones enumeradas en el apartado 1, resulta incongruente y reiterativo establecer en el apartado 3 que determinadas víctimas -de violencia de género y de delitos contra la libertad sexual-, deberán ser notificadas de las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d).

274.- En relación con la modificación del apartado 4 del artículo 23, que amplía la disposición relativa a las víctimas menores de edad de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales a todas las víctimas de delitos contra la libertad sexual -se elimina la referencia a "indemnidad sexual" en consonancia con la reforma del Código Penal que se plantea en la disposición final quinta-, procede recordar que, tal y como se establece en el preámbulo de la ley, el *«Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor 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 de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor. Se parte de un concepto amplio de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado»* (el subrayado en nuestro).

275.- De esta forma, el Estatuto de la Víctima contempla actualmente solo diferencias específicas para las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección, en consonancia con la propia naturaleza de dichas víctimas, estableciendo que *«Las actuaciones han de estar siempre orientadas a la persona, lo que exige una evaluación y un trato individualizado de toda víctima, sin perjuicio del trato especializado que exigen ciertos tipos de víctimas»*.

276.- El artículo 23 del Estatuto, cuyo apartado 4 se modifica, está destinado a la *evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección*, estableciéndose en el apartado 2 b) que se tendrá en cuenta la naturaleza del delito y especialmente las necesidades de protección de las víctimas de una serie de crímenes, entre los que se



encuentran aquellos contra la libertad e indemnidad sexuales. El apartado 4, de conformidad con el preámbulo de la ley, dispensa una protección especial y específica a los menores de edad, estableciendo la obligatoriedad de adoptar en relación con ellos una serie de medidas estipuladas en el artículo 25, concretamente las contenidas en las letras a, b y c de su apartado 1. La reforma proyectada opta por extender la obligatoriedad de adoptar dichas medidas en relación con las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

277.- Así, aunque cualquier víctima de un delito grave contra la vida e integridad moral o la libertad -tentativa de homicidio, lesiones graves, secuestro, tortura, etc.-, delitos susceptibles de causar un profundo daño físico, mental y moral, y de provocar secuelas, o de cualquier otro de los delitos enumerados en el apartado 2 b) del artículo 23 del Estatuto -y que a tenor del mismo deben ser objeto de especial consideración en la evaluación-, tiene derecho a que se les apliquen las medidas de los apartados a, b y c del artículo 25.1, ya que este recoge que *podrán ser adoptadas* en relación con cualquier víctima, la reforma proyectada sitúa a las víctimas de delitos de violencia sexual en un plano de especial protección, de conformidad con las características específicas de este tipo de violencia y sus consecuencias victimológicas, y de acuerdo con el Convenio de Estambul y las recomendaciones internacionales.

278.- La reforma incluye también la obligatoriedad de la aplicación del apartado d) del artículo 25.1, debiendo reseñarse al respecto que, según su propia dicción, éste ya es de aplicación a las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

279.- Todo ello entra en relación directa con la modificación proyectada en el artículo 26, y que incluye a las víctimas por delitos contra la libertad sexual, situándolas en el mismo plano de especial protección que a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad, a efectos de una posible doble victimización, y que, en última instancia, sería el paraguas sobre el que se asientan las anteriores reformas analizadas, y que respondería, como ya se ha señalado, a las características victimológicas específicas que presentan los crímenes de violencia sexual.

280.- Se sugiere que en la modificación del apartado b del artículo 25.1 se sustituya la expresión *«así como en género»*, por *«así como formación en género»*, para mayor claridad.

281.- Por último, procede señalar que, en caso de que se lleve a cabo la modificación del Código Penal en los términos planteados en la disposición



final quinta del Anteproyecto, con la modificación del Título VIII y la eliminación de la palabra «*indemnidad*» de su rúbrica, procedería llevar a cabo las correspondientes modificaciones en las referencias contenidas en el Estatuto en los artículos 13.1 a), 19.1, 23.2 b) y 23.4.

k) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar

282.- La **disposición final decimosegunda** aborda la modificación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Se modifica en primer lugar el artículo 42, que tipifica una de las modalidades del delito de «insulto a superior», siendo la variación más relevante la eliminación de la palabra “indemnidad”, en línea con la correlativa modificación de la tipificación delictiva llevada a cabo en el Código Penal ordinario y anteriormente analizada.

283.- Se aborda a continuación la modificación de los artículos 47 y 48, que tipifican dos modalidades del delito de «abuso de autoridad». En el primer caso, las modificaciones introducidas, consistentes en eliminar la referencia al “abuso sexual” y a la “indemnidad sexual”, resultan también coherentes con la modificación efectuada en el Código Penal ordinario.

284.- En el caso del artículo 48, procede incidir en que, al eliminarse la exigencia de la gravedad en relación con la acción típica de realizar actos de discriminación, se produce una equiparación entre el tipo penal y la falta disciplinaria anteriormente analizada (artículo 7.30 de la Ley disciplinaria militar), por lo que procedería, bien mantener la graduación, bien eliminar la tipificación disciplinaria, convirtiendo la conducta, independientemente de su gravedad, en delictiva, lo que, sin embargo, podría resultar contrario al principio de intervención mínima del Derecho Penal. Debe tenerse en cuenta que, tal y como se establece en la exposición de motivos de la Ley Disciplinaria Militar: «*Al tipificar las faltas, se ha tenido muy en cuenta la especial gravedad de algunas conductas como las que afectan a la libertad sexual de las personas, implican acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, atentan contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo, o suponen discriminación. [...]. En ambos casos el reproche disciplinario es complementario de la conducta dolosa constitutiva de delito militar o común*».

285.- Seguidamente se modifica del artículo 49, que recoge una de las modalidades de los «delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los militares», eliminando también, de forma



coherente con las modificaciones realizadas en el Código Penal, las referencias a "abuso sexual" e "indemnidad sexual".

286.- Debe ponerse de manifiesto que, dadas las modificaciones relativas a los motivos de discriminación que se producen en la Ley Disciplinaria Militar y en el artículo 48 del Código Penal Militar, procedería, si se deciden mantener las mismas, introducir idéntica reforma en el artículo 50, pues de lo contrario se produciría una distinción incoherente. Del mismo modo, si finalmente se optase por eliminar la "gravedad" de la acción del artículo 48 en relación con los actos de discriminación -y por tanto, la correlativa modificación de la ley disciplinaria con la eliminación de dicha falta-, también procedería eliminar dicha exigencia de gravedad en el artículo 50.

I) Consideraciones sobre las modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

287.- La **disposición final decimoctava** trata la especialización del sistema judicial en violencias sexuales estableciendo en su párrafo primero que *«En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y, con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados»*.

288.- Nuevamente, al igual que ocurre con varias de las modificaciones introducidas, no encontramos en la MAIN explicación o justificación de esta disposición, más allá del repetido objetivo genérico del Anteproyecto objeto de informe de otorgar una protección integral de las víctimas de violencia sexual. No hay referencia alguna a las ventajas prácticas, económicas, de solución de doble victimización o de cualquier otra índole que esta modificación pudiese reportar, ni a sus posibles desventajas. No hay tampoco alusión alguna a la existencia de mandatos o recomendaciones de carácter internacional o a la existencia de órganos así especializados en otros países, con análisis de su experiencia.



289.- A título meramente indicativo puede señalarse que esta especialización no se ha llevado a cabo en países de nuestro entorno que nos proporcionen datos útiles para abordarla, ya que la recomendación 3.2.5. del *Handbook* de Naciones Unidas sobre *Legislación en violencia contra las mujeres* de crear tribunales especializados o procedimientos especiales en relación con la violencia contra las mujeres ha supuesto la implementación en diversos países, incluido España, de tribunales especializados en violencia doméstica pero no en violencia sexual desvinculada del vínculo conyugal o afectivo.

290.- Los Tribunales especializados en violencia sexual han sido implementados con éxito en otros países, por ejemplo, en Sudáfrica, donde las encuestas mostraban una prevalencia de alrededor de 134 violaciones/tentativas de violación por 100.000 habitantes (Statistics South Africa, 2000). En una encuesta en la que se preguntaba a los hombres si había cometido alguna violación, más de una cuarta parte (27.6%) afirmaron que habían violado a una mujer o niña, un 4,6% en el último año. Los Tribunales especializados comenzaron a funcionar en 1993, y han alcanzado cifras de condena de entre el 70% y 95%, comparadas con la media de condenas del 10% (South African Law Commission, 2001), si bien también ha sido destacada la falta de recursos especializados y de infraestructura a la que se enfrentan estos Tribunales¹.

291.- En definitiva, y a falta de mayores referencias en la MAIN del Anteproyecto, debe partirse de la importancia de analizar con detenimiento la verdadera dimensión de la reestructuración que se pretende en nuestro país, y su adecuada definición y concreción, de tal forma que, si bien el prelegislador deja la concreta forma de articulación de dicha especialización a los futuros proyectos de reforma de la LOPJ y del Estatuto del Ministerio Fiscal, es conveniente realizar ahora una serie de consideraciones sobre esta cuestión.

292.- La LOPJ contempla, dentro de la jurisdicción ordinaria, cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes (artículo 9), a los que atribuye sus respectivas competencias: el orden jurisdiccional civil, el orden jurisdiccional penal, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden jurisdiccional social. En algunos de estos órdenes configura órganos jurisdiccionales atribuyéndoles una competencia especial en determinadas materias, en unos casos de forma exclusiva y excluyente, y en otros de forma exclusiva pero no excluyente. Así, configura y dota de competencia a los Juzgados de lo

¹ Directorate General For Internal Policies, *Overview of the worldwide best practices for rape prevention and for assisting women victims of rape*, European Parliament, 2013.



mercantil y a las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en lo mercantil (artículos 86 bis, 80.3 y 82.2-2º y 3º). Y crea, dentro del orden jurisdiccional penal, los juzgados de violencia sobre la mujer (artículo 87 bis), que extienden su competencia por razones funcionales y de conexión a ciertas materias y asuntos de naturaleza civil (artículo 87 ter.2), así como los Juzgados de lo Penal y las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en dicha materia (artículos 89 bis.2, 87 ter y 82.1-3º), además de los Juzgados de menores (artículo 96) y los Juzgados de vigilancia penitenciaria (artículo 94).

293.- Junto con estos órganos jurisdiccionales especializados se encuentran aquellos otros que tienen atribuida de forma específica, y también de forma exclusiva y excluyente, o exclusiva y no excluyente, según los casos, el conocimiento de determinadas materias por virtud de lo previsto en el artículo 98.1 y 2 de la LOPJ. De este modo, se ha articulado la "especialización" de los Juzgados de familia, de los Juzgados de incapacidades, y de determinados Juzgados de lo penal con competencia en materia de violencia sobre la mujer (con apoyo, en este caso, además, en lo dispuesto en el artículo 89 bis.2 LOPJ).

294.- A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura ley orgánica de modificación de la LOPJ, no aparece clarificado por el momento si la futura especialización prevé la creación de órganos jurisdiccionales específicos que -se debe entender dentro del orden jurisdiccional penal- abordarían de forma exclusiva y excluyente los delitos de violencia sexual, o si se opta por una revisión de las competencias que tienen actualmente atribuidos los Juzgados de violencia sobre la mujer, a fin de incluir los delitos contra la libertad sexual, sin necesidad de creación de nuevos órganos especializados, pero, indudablemente, con la necesidad de incrementar el número de Juzgados de violencia para hacer frente a sus nuevas competencias. Y ello porque, a pesar de que la disposición final decimoctava señala que "se revisarán las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer", no queda determinado si ello sería para aumentar sus competencias, o para reducir las y/o ajustarlas como consecuencia de la creación de otros órganos jurisdiccionales especializados.

295.- En su redacción actual, el artículo 87 bis de la LOPJ recoge que los Juzgados de violencia sobre la mujer conocerán:

«a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad



moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.

f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente».

296.- Por tanto, actualmente los Juzgados de violencia sobre la mujer atraen la competencia sobre delitos cometidos sobre mujeres adultas, por aquellos que mantienen con ellas una relación conyugal o de análoga afectividad - incluidos los delitos contra su libertad sexual-, así como, excepcionalmente, y solo en el caso de que se haya producido alguno de esos actos de violencia de género, los delitos cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o



conviviente. Queda por ello fuera de su competencia cualquier otro tipo de violencia intrafamiliar sexual o no sexual cometida por otros familiares o convivientes sobre las mujeres y los menores, así como la violencia sexual genérica -cometida por cualquier sujeto conocido o desconocido por la víctima-, y la violencia sexual cometida contra hombres o contra menores no convivientes.

297.- A pesar de que las competencias señaladas no son extensas, el volumen de asuntos que se incoan en estos Juzgados es significativamente numeroso, como podemos ver en los siguientes datos del año 2019 -puesto que los del 2020 aún no ha sido cerrados-:

	ASUNTOS PENALES. Por tipos de procesos				
	Ingresados Directamente	Ingresados procedentes otros órganos	Reabiertos	Resueltos	Pendientes al finalizar
Andalucía	36.263	7.663	203	43.510	7.549
Aragón	3.292	2.243	47	5.480	830
Asturias	3.465	279	30	3.688	672
Illes Balears	5.760	2.811	36	8.280	1.795
Canarias	8.216	3.028	186	11.148	1.230
Cantabria	2.215	170	44	2.403	240
Castilla y León	6.853	280	18	6.945	1.464
Castilla-La Mancha	7.239	594	12	7.438	2.271
Cataluña	28.337	2.909	146	30.208	6.292
Comunitat Valenciana	28.269	1.628	426	29.074	5.397
Extremadura	2.831	428	5	3.272	1.089
Galicia	7.260	1.319	18	8.404	2.717
Madrid	32.175	2.986	226	35.597	4.871
Murcia	6.510	1.361	96	7.821	1.491
Navarra	2.197	155	24	2.224	688
País Vasco	7.293	908	118	7.756	2.287
La Rioja	1.070	69	0	1.101	300
España	189.245	28.831	1.635	214.349	41.183



298.- Por su parte, los datos numéricos relativos a los delitos contra la libertad sexual, correspondientes al año 2019, al no estar cerrados aún los del año 2020, son los siguientes:

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	Total	Hombre	Mujer
7. BIS Trata de seres humanos	105	82	23
8. Contra la libertad e indemnidad sexuales	3.296	3.216	80
8.1 Agresiones sexuales	428	427	1
8.1.1 Agresión sexual	392	391	1
8.1.2 Violación	36	36	0
8.2 Abusos sexuales	1.218	1.207	11
8.2 BIS Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años	529	523	6
8.3 Acoso sexual	69	68	1
8.4 Exhibicionismo y provocación sexual	432	426	6
8.5 Prostitución y corrupción menores	620	565	55
Total	3.401	3.298	103

299.- Los datos que se proporcionan vienen referidos al número de condenados por estos delitos. Puede observarse que son datos bajos, comparándolos con los relativos a violencia sobre la mujer que se han consignado anteriormente, pero no reflejan el cómputo global de litigiosidad relacionada con estos delitos, que debe presumirse más alta, aun teniendo en cuenta que, como es conocido, en este tipo de delitos el volumen de denuncias es sensiblemente inferior al de comisiones, y tomando en consideración que, de conformidad con la memoria anual de la Fiscalía de 2020, estos crímenes han sufrido un incremento porcentual del 12% desde el año 2017, recogándose igualmente en dicha memoria anual una cifra global de 4.578 delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en 2019.

300.- Estos datos deben ponerse en relación con el hecho de que a la hora de analizar la creación de órganos especializados o de aumentar las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer, nos encontramos ante una indefinición material de los asuntos concretos que se pretenden atribuir, y que, a tenor de lo establecido en el articulado del Anteproyecto parece que serían no solo los delitos contra la libertad sexual recogidos en el Título VIII del Código penal, sino todo delito -homicidio, secuestro, abandono de menores, trata de personas, terrorismo, etc.- que en su comisión hubiese atentado contra la libertad sexual. Ello implica no solo problemas de determinación de la naturaleza del delito y el órgano competente, sino un



evidente aumento del número de procedimientos judiciales cuya competencia podría atribuirse a los órganos jurisdiccionales especializados.

301.- A su vez, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 3 a) del Convenio de Estambul, que sirve de marco y guía del Anteproyecto objeto de informe: *«Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.»*

302.- En la enumeración de las competencias excluidas de los Juzgados de violencia sobre la mujer que se ha recogido más arriba se puede comprobar que los delitos contra la libertad sexual, tanto en su configuración actual como en el caso de que se introduzcan las modificaciones que se prevén en la disposición final quinta del Anteproyecto objeto de informe, abarcan una importante multiplicidad de conductas y pueden implicar una diversidad de sujetos. De forma destacada, y en relación con esta última cuestión, los presuntos autores pueden ser menores de edad, y su víctima mayor o menor de edad. Ello implicaría la necesidad de determinar qué órgano judicial, si el Juzgado de menores o el de violencia sobre la mujer (o el órgano judicial especializado), tendría atribuida la competencia, produciéndose en cualquiera de los casos una exclusión o excepción de una parte de la competencia general atribuida a cualquiera de ellos. Del mismo modo, debería determinarse si la creación de nuevos órganos especializados, si se opta por dicha su configuración, supondría la atribución de la competencia sobre la violencia sexual de género, quedando por tanto excluida de los Juzgados de violencia sobre la mujer. Finalmente, la violencia sexual sobre menores de edad presenta unas características específicas relevantes que obligan a plantearse la posibilidad de establecer a su vez órganos jurisdiccionales especializados en los crímenes sexuales contra niños y adolescentes.

303.- Todo lo anterior conduce a poner de manifiesto que, si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y de órganos jurisdiccionales especializados en infancia, adolescencia y familia, ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de sus configuración territorial, tal y como se señaló en sendos informes de este Consejo en relación con los Anteproyectos de ley respectivos (aprobados por el Pleno en su reunión de 29 de noviembre de 2018 y de 30 de mayo de 2019), la creación de órganos judiciales



especializados -o el incremento de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer- para conocer de los delitos de violencia sexual, conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con dichas competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales -con la creación de nuevos órganos o el aumento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y los Juzgados de lo penal y secciones de las Audiencias destinadas a esta tarea-, y un nuevo diseño de su organización territorial, sino también un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva organización sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que parece animar su creación, la mejor protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual.

304.- Junto con las consideraciones expuestas, de carácter estructural u organizativo, deben tenerse en cuenta otros argumentos, estos ya de índole conceptual, que sirven también para cuestionar la procedencia de articular la especialización jurisdiccional propugnada por el prelegislador. Se ha de partir, en línea de principio, de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los órganos judiciales a los que se refiere el artículo 26 de la LOPJ, y que, por virtud del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 117.5 CE, el ejercicio de la jurisdicción por los órganos que integran el Poder Judicial, como expresión jurídicamente organizada de la soberanía nacional, goza del mismo atributo de unicidad, de manera que la división en órdenes jurisdiccionales ex artículo 9 LOPJ no es sino mera manifestación del ejercicio de la jurisdicción articulado conforme a criterios de especialización material. Sobre esta base, la unidad de jurisdicción no impide la especialización de los órganos judiciales siempre que esta especialización responda a condiciones objetivas y legales y no sea motivo de soterradas discriminaciones. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al afirmar que *«[l]a unidad del Poder Judicial no impide en modo alguno la especialización orgánico-funcional de Juzgados y Tribunales, por razón de la materia»* (STC 254/1994, de 21 de septiembre) siempre que la misma se base *«[e]n condiciones objetivas y legales, y no dé lugar a discriminaciones»* (STC 49/1983, de 1 de junio). Por consiguiente, la existencia de tribunales especializados no infringe el principio de unidad de jurisdicción en tanto su existencia responda a la necesidad de que el órgano judicial llamado a conocer de una determinada materia o conjunto de asuntos tenga unos conocimientos cualificados, pero siempre dentro del marco de la jurisdicción ordinaria.



305.- Si la especialización de órganos judiciales en el ejercicio de funciones gubernativas (cfr. artículos 98 y 80.3 LOPJ, 46 de la Ley 1/2000, de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil, y 17 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) obedece fundamentalmente a criterios de eficacia y eficiencia organizativa, la especialización *ex lege* responde a razones de distribución material de la competencia –*rectius*, del ejercicio de la función jurisdiccional- que, en último término, se encuentran vinculadas a la mejor prestación del servicio público de la Justicia y, por ende, a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Se establece de este modo una relación entre la especialidad de la materia, la especialidad de su tratamiento normativo y la especialización del órgano en el ejercicio de la función jurisdiccional –y en segundo plano, de sus titulares-, que confluye en una mayor garantía de la tutela judicial dispensada. Estas razones, y esta relación, se advierten con facilidad en la configuración de las especialidades en materia mercantil (artículos 86 bis y 86 ter LOPJ), en materia de violencia sobre la mujer (artículos 87 bis y 87 ter LOPJ) y, en otro plano, en la jurisdicción de menores (artículos 96 y 97 LOPJ) o en materia de vigilancia penitenciaria, con independencia de que cada una de ellas quede incardinada en un específico orden jurisdiccional (civil y penal), cuyas respectivas materias se encuentran reguladas por leyes especiales propias que dotan de singularidad al marco normativo aplicable por la razón de la concreta materia reservada –con mayor o menor grado de exclusividad- desde la ley a los órganos especializados, que ven de ese modo predeterminada su existencia y su competencia.

306.- Sin embargo, las razones en las que se sustenta la especialización jurisdiccional y la señalada intensa relación entre la materia, la norma y el órgano, no se encuentran de forma tan nítida cuando se trata de una materia, la relativa a las violencias sexuales, que, en su transversalidad, se proyecta sobre distintos ámbitos normativos y esferas de actuación jurisdiccional diferentes. Si, como se propugna como mejor técnica normativa en las consideraciones generales de este informe, el tratamiento normativo más plausible pasaría por ampliar el ámbito objetivo de las distintas normas que pueden confluir en el tratamiento de las violencias sexuales, se diluyen entonces las razones que conducen a configurar un orden específicamente especializado en dicha materia, cuando habría de quedar incorporada a aquellas materias, y al correspondiente marco normativo, que ya se encuentran reservados a órganos especializados actualmente existentes².

² La Vocal ponente doña Pilar Sepúlveda García de la Torre discrepa de las consideraciones contenidas en los apartados 304, 305 y 306 del informe, y en la



307.- En la configuración de la especialización de órganos jurisdiccionales establecida en la actualidad, encontramos que en algunos casos la especialidad de la materia y del ordenamiento jurídico aplicable es tan intensa que se proyecta sobre el estatuto personal de los jueces y magistrados y justifica la creación de una especialidad dentro de la Carrera Judicial, que, a su vez, incide en la promoción profesional y en la provisión de los destinos en estos órganos jurisdiccionales especializados. En otros casos, la especialidad de la materia y del derecho aplicable, si bien no ha determinado la creación de una especialidad en la Carrera Judicial, sí justifica una especial formación y capacitación de los jueces y magistrados que preferentemente han de servir en tales órganos jurisdiccionales.

308.- En este sentido, se aborda también en la disposición final decimoctava la especialización de jueces y magistrados -titulares de los futuros órganos especializados- en violencia sexual, lo que, al establecerse específicamente la futura revisión de la pruebas selectivas, se proyecta que la misma sea obtenida a través de aquellas específicas que se establezcan en la futura Ley Orgánica de reforma de la LOPJ, teniendo por tanto incidencia en el régimen de promociones, ascensos y destinos de la Carrera Judicial en la manera en que se determine en esa futura Ley Orgánica. La prevista futura Ley Orgánica de reforma, por tanto, deberá definir con claridad si, junto con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales especializados -o de la ampliación de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer (cfr. artículos 311 y 312.2 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018); o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales especializados -ya sean nuevos órganos de violencia sexual o de violencia sobre la mujer- a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia; o si, finalmente, se modifica el contenido de dichas pruebas selectivas en la especialización de violencia sobre la mujer para incluir los conocimientos en violencia sexual.

309.- Conviene detenerse en que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 contiene una cláusula de habilitación al Consejo General del Poder Judicial para crear y regular reglamentariamente otras especialidades

conclusión centesimonovena, al entender que la especialización de los órganos judiciales en materia de violencia sexual se encuentra justificada.



distintas de las previstas en la LOPJ. En efecto, dice la referida disposición: *«El Consejo General del Poder Judicial podrá convocar, además de las expresamente previstas en esta Ley, otras pruebas de especialización entre miembros de Carrera judicial en las que se valoren conocimientos específicos dentro de las distintas ramas del Derecho. Su superación será considerada como mérito en los concursos que no se resuelvan exclusivamente por criterios de antigüedad. Reglamentariamente se determinará el número, contenido y desarrollo de estas pruebas que podrá comprender el reconocimiento y valoración de las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Si de esta especialización se derivara algún incremento de gasto, será preciso informe favorable de la Administración competente para soportar dicho gasto».*

310.- La Ley Orgánica 7/2015, por tanto, no ha creado por ella misma especialidades diferentes de las previstas en los artículos 311 y 312 de la LOPJ, pero sí ha habilitado a este Consejo para poder crearlas, así como para reconocer efectos a pruebas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, aunque exigiendo en ambos casos la intermediación de una norma reglamentaria.

311.- De este modo, en el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de violencia sexual, debería tener en cuenta la habilitación que desde la señalada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

312.- En todo caso, no debe olvidarse que ya el apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018, establece lo siguiente: *«5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos»* (el subrayado es nuestro), lo que no es óbice para que en una futura reforma de la Ley Orgánica, se introduzca una específica referencia a la formación en violencia sexual.



313.- Finalmente, el párrafo segundo de la disposición adicional decimoctava establece *“Del mismo modo y en el plazo previamente establecido, se procederá a regular la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley orgánica, así como a la realización de las modificaciones legislativas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente disposición”*.

314.- En relación con ello, y como también se puso de manifiesto en el citado Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia contra la violencia, debe tenerse en cuenta que el artículo 470.2 de la LOPJ mantiene el carácter de Cuerpos Nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en el que se integran los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa, de Auxilio Judicial y de Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (artículo 470.1 LOPJ). Y que el artículo 471.1 LOPJ establece que las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia corresponden, en los términos establecidos en la misma Ley Orgánica, al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario.

315.- Debe retenerse, en lo que concierne a las competencias autonómicas respecto de la Administración de Justicia, que la doctrina constitucional ha destacado que las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria, como técnica de atribución de competencias, no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, y que la asunción de competencias que corresponden al Gobierno encuentra el límite natural del propio ámbito de la Comunidad Autónoma (STC 105/2000, de 13 de abril - ECLI:ES:TC:2000:105). Tal y como recuerda el Consejo de Estado (Dictamen 3466/2001, de 24 de enero de 2002), la eficacia de las cláusulas subrogatorias operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal (STC 56/1990, de 29 de marzo - ECLI:ES:TC:1990:56) Se trata este de un ámbito *«cuyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse*



comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas de funcionarios» (STC 99/1987, de 11 de junio - ECLI:ES:TC:1987:99). La consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos nacionales conlleva la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional para garantizar su aplicación de manera homogénea en todas las Comunidades Autónomas. «Ha de considerarse que quedan excluidas de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía aquellas atribuciones que, encomendadas por la LOPJ al Gobierno de la Nación, resultan obligadamente reservadas a este para mantener el carácter propio de Cuerpo nacional, pues de lo contrario vendrían a vaciarse de contenido las previsiones de la LOPJ en este sentido, contradiciéndose el mandato del artículo 122.1. Mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al Ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de Cuerpo nacional respecto de los integrados en la Administración de Justicia» (STC 99/1987, cit.).

316.- Y en particular, al analizar el artículo 454 de la LOPJ, en su anterior redacción –que se corresponde con el vigente artículo 470–, la STC 105/2000 destacó que la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia justifica la reserva a unas instancias comunes de aquellas materias que puedan afectar de forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal tal y como haya sido configurado en cada momento por la LOPJ. Las cláusulas subrogatorias no pueden entrar en juego sobre estas materias, respecto de las que «los criterios en función de los cuales habría de negarse o afirmarse la operatividad de las cláusulas subrogatorias tendrían que ser individualizados en función de cuáles fueran las concretas materias respecto de las que se plantease, en el momento oportuno, la cuestión [...]». La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda a este régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.



VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El anteproyecto que se informa tiene por objeto establecer un marco jurídico de carácter integral, con vocación de transversalidad, que garantice la libertad sexual y erradique las violencias sexuales, articulando desde los diferentes ámbitos afectados las medidas de prevención, protección y reparación necesarias, y estableciendo el marco institucional adecuado, en sintonía con las disposiciones de los instrumentos internacionales y con las recomendaciones de los organismos internacionales.

SEGUNDA.- El prelegislador ha optado por conferir al texto proyectado el carácter de ley orgánica "parcial". La atribución de este rango normativo es cuestionable. El núcleo orgánico de la ley se sitúa en su título preliminar, que contiene los principios rectores sobre los que gravita la regulación que desarrolla, y en las disposiciones finales primera, tercera, quinta, séptima, octava, novena y decimoprimeras. El resto de su contenido normativo carece de rango orgánico, y tiene el rango de ley ordinaria. La distinción y especificación del carácter, orgánico u ordinario, de las disposiciones normativas que conforman el contenido de la ley proyectada satisface, en términos formales, las exigencias de la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, pero en términos materiales no responde a ella. Con independencia de la incorrecta atribución del carácter orgánico en unos casos, se observa que el grueso del articulado tiene carácter de ley ordinaria, lo que, por lo demás, en términos generales, y salvo contadas excepciones, se corresponde con su contenido y con el contenido reservado a la ley orgánica. El carácter orgánico de las disposiciones a las que se atribuye tal carácter, salvadas las incluidas en el título preliminar, se reserva a las disposiciones finales que tienen por objeto la modificación de diversas leyes a las que afecta el declarado carácter integral de la ley proyectada y su vocación de transversalidad, y responde tanto al rango de la ley o disposición que va a ser objeto de modificación como a su contenido, especialmente aquel de naturaleza penal y punitiva. La asignación del carácter orgánico de la ley en atención al carácter orgánico de las disposiciones finales que modifican leyes situadas extramuros de la propia ley proyectada, y, en último término, en razón del rango y contenido normativo de las disposiciones objeto de modificación, dificulta en grado sumo considerar que las disposiciones a las que se atribuye rango ordinario constituyen el *desarrollo natural* o el complemento de aquellas a las que se confiere rango orgánico, que, por lo demás, se sitúan fuera de la ley proyectada.

TERCERA.- Algunas de las disposiciones por las que se modifican ciertos preceptos de distintas leyes afectadas por el carácter integral y transversal de la ley proyectada no responden al contenido propio reservado a la ley



orgánica, -y el rango orgánico tampoco viene impuesto por el rango asignado a la norma a la que afecta la modificación. En estos casos, la atribución del carácter orgánico de la disposición modificadora no viene justificada ni por el contenido de la norma objeto de modificación ni por el rango asignado de origen a la misma. Esto sucede con claridad en la disposición final novena, que modifica la Ley 20/2007, del Estatuto del trabajo autónomo, y con la disposición final decimoprimera, que modifica la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, respecto de las que, por lo demás, el prelegislador no ofrece mayores explicaciones acerca del rango que se les asigna, que no viene dado por el asignado de origen a la norma a la que afecta la modificación. Y esta ausencia de justificación se hace tanto más patente en los casos en los que las normas afectadas por la modificación se encuentran vinculadas o relacionadas con aquellas del texto proyectado que presentan carácter ordinario, o con otras, como las relativas a los derechos de las víctimas de los delitos, que, además, de estar conectadas con el articulado del Anteproyecto que tiene rango de ley ordinaria, lo están con otras disposiciones, como las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tienen tal carácter. Y, respecto de la modificación de esta última, no se explica, ni se justifica, material y formalmente, la atribución del carácter orgánico de la disposición que quiere llevar a cabo la modificación de diversos artículos de la ley rituaría.

CUARTA.- Si bien es cierto que las modificaciones que se quieren introducir en los artículos 112, 681.3 y 709 de la LECrim tienen una cierta conexión con derechos fundamentales, presentan sin embargo una vinculación con estos, y por tanto, con el contenido material propio de la ley orgánica, meramente tangencial o, más propiamente, remanente o residual, y en cualquier caso, las reglas que se introducen tienen un carácter marcadamente rituario.

QUINTA.- También está injustificada la naturaleza orgánica que se atribuye al título preliminar de la ley proyectada. Ni el objeto y finalidad de la ley, ni su ámbito de aplicación, constituyen *per se* materia competencia de la ley orgánica. Y tampoco son propios de su ámbito competencial los principios rectores que animan e inspiran la regulación proyectada contenidos en el artículo 2 del APLO. Conforme a la doctrina constitucional, la mera relación o vinculación del contenido de la norma con alguno de los derechos fundamentales que son objeto de la reserva de ley orgánica no la hace merecedora de participar de tal reserva, so pena de quedar esta desvirtuada y desdibujada en sus límites y contenido, en perjuicio de la seguridad jurídica.

SEXTA.- En sentido inverso, carece de explicación la omisión, de entre las disposiciones a las que se confiere carácter orgánico, de aquellas que tienen por objeto la modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre,



General Penitenciaria (disposición final segunda), la modificación de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (disposición final décima), y de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Y esta omisión carece de justificación, tanto por razones formales –el rango de la ley que va a ser modificada– como por razones materiales, particularmente en lo que se refiere a estas dos últimas, respecto de las que las modificaciones proyectadas inciden en la configuración de las infracciones disciplinarias y de los tipos penales objeto de regulación.

SÉPTIMA.- La disposición final decimoctava se refiere a la especialización de órganos judiciales y de sus titulares en materia de violencias sexuales que, según su tenor literal, *"se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley orgánica. Y con este propósito, se revisarán las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados"*. Y en el proyectado artículo 26 se contempla la inclusión de temas dedicados a la igualdad, a la no discriminación por razón de género, a la protección integral contra todas las violencias sexuales y dedicados a la perspectiva de género en el temario de acceso a las carreras judicial y fiscal y en los planes de formación inicial y continua de la carrera judicial. Aun cuando en uno y otro caso se trata de disposiciones de marcado carácter programático, con una función habilitadora de una ulterior regulación, no debe olvidarse que inciden sobre materias reservadas a la ley orgánica, y en particular sujetas la reserva de ley orgánica cualificada, en tanto que afectan a la organización del Poder Judicial y al estatuto de los miembros de la carrera judicial, aspectos cuya regulación está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

OCTAVA.- Resultaría técnicamente más correcto regular separadamente mediante una ley orgánica las modificaciones de las distintas leyes que tienen dicho rango o merecen tal carácter, y dejar la regulación del núcleo del texto proyectado a una ley ordinaria.

NOVENA.- El carácter integral y la transversalidad que consustancial al mismo somete al texto proyectado al mismo riesgo del que participan todas aquellas leyes y disposiciones que nacen con la idea de servir de marco integrador y que tienen, como inherente a esa característica, un efecto transversal, y que no es otro que el de dar lugar a solapamientos y duplicidades normativas, con el subsiguiente perjuicio de la seguridad jurídica que ello conlleva.

DÉCIMA.- El texto proyectado presenta concomitancias, concurrencias, incidencias e interferencias con otras normas vigentes que deberían evitarse en buena técnica normativa y en beneficio de la seguridad jurídica. La



pluralidad de disposiciones normativas, con aspectos concéntricos y concurrentes, no desaparece mediante la promulgación de la ley proyectada; antes bien, tal y como está concebido el texto del anteproyecto, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia mayor dispersión, al introducir un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas, sobre todo, en las leyes sobre violencia de género, sobre igualdad, sobre el estatuto y protección de las víctimas, sobre educación e, incluso, en la ley procesal penal.

UNDÉCIMA.- Una alternativa plausible que clarificaría el panorama legislativo consistiría en reducir el contenido normativo de la ley proyectada a aquellos aspectos nucleares, troncales y autónomos específicamente referidos a la libertad y a la violencia sexual que sean diferenciables del contenido propio de las distintas leyes vigentes con ámbitos concurrentes con la proyectada, y trasladar e introducir en estas, a través de la propia ley proyectada, las modificaciones pertinentes traídas por el especial tratamiento que haya de darse a las violencias sexuales, más allá del específico de la materia y objeto de las diferentes disposiciones legales, tal y como se hace a través de las disposiciones finales que modifican los diferentes cuerpos legales actualmente vigentes que han de verse afectados por la normativa proyectada.

DUODÉCIMA.- El anteproyecto, si bien en menor medida que en otras versiones anteriores a las que ha tenido acceso este órgano de gobierno del Poder Judicial, y con una factura técnica más depurada, contiene en gran parte de su articulado disposiciones de carácter programático, algunas de las cuales se reducen a enunciados normativos meramente descriptivos, sin contenido jurídico propiamente dicho, esto es, sin un concreto mandato normativo. Y en otros casos, el enunciado normativo carece de verdadera virtualidad y sustantividad, limitándose a reproducir en sus proposiciones facultades o derechos que ya están reconocidos en otras normas.

DECIMOTERCERA.- Se observan en el texto algunas erratas, errores e imprecisiones que deben corregirse.

- En el segundo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos, en la tercera línea, se dice "comenten", cuando tiene que decir "cometen".
- En el apartado II de la Exposición de Motivos, página 7, cuarto párrafo, primera línea, debe suprimirse la coma después de "sexuales".
- En la página 39 en el apartado letra f), se deben suprimir, por repetidas, las palabras "de los servicios".
- en la página 58, en la disposición final quinta, en el apartado dos de la modificación del Código Penal, relativo al artículo 84.2, se repite "de delitos".



- En el párrafo primero del apartado II de la Exposición de Motivos se sugiere revisar la referencia a los Convenios "europeos" atendido el estatus de organización internacional que ostenta el Consejo de Europa, desde su creación por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949.
- En el párrafo cuarto del apartado II de la Exposición de Motivos la referencia a la Directiva 2011/92/UE, debe entenderse hecha a la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, según la corrección de errores de la Directiva publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 21 de enero de 2012.
- En el apartado II de la Exposición de Motivos, las citas de las recomendaciones dirigidas a España por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el Grupo de trabajo sobre discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas o el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas deberían identificarse con la suficiente precisión, al igual que se hace, por ejemplo, con la Recomendación General 35 (2017) del Comité CEDAW sobre violencia contra las mujeres por razones de género.
- En el apartado III de la Exposición de Motivos, al tratar de la disposición final decimoquinta se observan, como errores materiales, la cita del artículo 207.1.d) "51" y la omisión de la letra d) en el artículo 336.

DECIMOCUARTA.- El **artículo 3** delimita el ámbito de aplicación de la Ley definiendo las que han de considerarse como "violencias sexuales". Dado que la violencia sexual constituye un tipo específico de violencia, resulta especialmente importante que el texto proyectado se cohoneste con el contenido del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020, en tramitación parlamentaria, y cuyo Anteproyecto fue objeto del informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado por el Pleno celebrado el día 30 de mayo de 2019.

DECIMOQUINTA.- La configuración, en el **artículo 5 del Anteproyecto**, de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con el apoyo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como órgano permanente de recogida y análisis de la información sobre las distintas formas de violencia



sexual, ha de coonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, creado en el año 2020 y al que específicamente se refiere el artículo 87 quáter de la L.O.P.J. introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

DECIMOSEXTA.- La previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 10** del texto proyectado ha de coonestarse con las funciones atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 47 de la LOPDGDD, entre las que no se recoge de manera explícita el control de contenidos ilícitos en línea.

DECIMOSÉPTIMA.- La existencia de contenidos ilícitos en Internet que por comportar un menoscabo grave del derecho a la protección de datos personales legitimaría la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, prevista en el proyectado **artículo 10.3**, como autoridad de control, podría coexistir, *a priori*, con un proceso penal, al tener finalidades diferentes. No obstante, caso de existir o constatarse cualquier interferencia entre estos dos ámbitos, el penal y el correspondiente a la Agencia Española de Protección de Datos, resultaría aplicable la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal en el conocimiento de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, derivado del artículo 117.3 de la Constitución, previsión que debiera recogerse en el texto proyectado.

DECIMOCTAVA.- Asimismo, en relación con la existencia de contenidos ilícitos en Internet que comporten un menoscabo grave del derecho a la protección de datos, a la que alude el **artículo 10.3** del Anteproyecto, resulta importante destacar que caso de tener su origen en un proceso judicial y en datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, por ejemplo, por proceder estos contenidos del seno de un proceso penal, la competencia que el artículo 10.3 atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ.

DECIMONOVENA.- Atendida la definición de publicidad ilícita recogida en el **apartado 1 del artículo 11** del Anteproyecto, en aras de garantizar debidamente el principio de seguridad jurídica, resultaría sumamente conveniente su incorporación, en los mismos términos a los artículos 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, al que se refiere la disposición final cuarta del Anteproyecto y 11 de la Ley Orgánica 1/2004, de



28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, debiendo recordar que conforme al artículo 86 ter.2,a) LOPJ corresponde a los Juzgados de lo Mercantil conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a publicidad, y que según el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de los datos materiales que la publicidad exprese.

VIGÉSIMA.- Igualmente, dado que con la finalidad de incorporar al Derecho español la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, cuyo artículo 6 se dedica a la "*[i] gualdad de género e imagen de las mujeres*", se sugiere cohonestar lo dispuesto en el artículo 11 del texto objeto del presente informe teniendo en cuenta las previsiones incorporadas en el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual.

VIGESIMOPRIMERA.- En atención al contenido de los artículos 17 y 18 del Anteproyecto se sugiere valorar la conveniencia de modificar, a través de la correspondiente disposición final, el apartado quinto del artículo 124 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, a fin de establecer, junto al plan de convivencia recogido en dicho artículo, referencia a la elaboración de protocolos específicos de detección, actuación y derivación en el ámbito educativo para la detección e identificación de las violencias sexuales.

VIGESIMOSEGUNDA.- Debe recordarse que además de las previsiones establecidas en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia, el deber de comunicación o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la legislación española en los artículos 262 y 264 de la LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, de donde deriva la necesidad de revisar la redacción del **artículo 17.2** del Anteproyecto.

VIGESIMOTERCERA.- La previsión establecida en el **apartado 3 del artículo 17** del Anteproyecto ha de entenderse sometida a la regla de la preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal y que deriva del principio de reserva de jurisdicción consagrado por el artículo 117.3 de la Constitución. Por ello, resultaría sumamente conveniente la incorporación al texto proyectado, con la debida suficiencia, de la salvaguarda del principio de reserva de jurisdicción y la necesaria preferencia



o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de aquellos hechos que pueden constituir una infracción penal.

VIGESIMOCUARTA.- El **artículo 21** del Anteproyecto viene referido a la "*detección de casos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado*", de manera coherente con el planteamiento del Anteproyecto, que contempla el matrimonio forzado entre las conductas con impacto en la vida sexual que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, tiene la consideración de violencia sexual. Atendidas las consecuencias jurídicas derivadas de la inscripción como pareja de hecho, a fin de incrementar la protección de la mujer, resultaría sumamente conveniente que el prelegislador valorase abordar la regulación, inclusive en su caso la tipificación penal, en el artículo 172 bis CP, de las inscripciones forzadas como pareja de hecho.

VIGESIMOQUINTA.- Por lo que respecta a las previsiones formativas en la Carrera judicial, a que se refiere el **artículo 26** del Anteproyecto, han de tenerse presentes las modificaciones operadas por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, especialmente sobre los artículos 307.2, 310 y 433 bis de la LOPJ.

VIGESIMOSEXTA.- En el **artículo 32** APLO, relativo al derecho a la asistencia integral especializada y accesible, resulta necesario que letra d) del apartado 1, al abordar el asesoramiento jurídico previo y la asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en lugar de remitir a la disposición final decimonovena del Anteproyecto, se remita a los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

VIGESIMOSÉPTIMA.- En el tercer párrafo del apartado 1 del **artículo 33** del Anteproyecto, "*[d]erecho a la información*", se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, junto con el asesoramiento telefónico, referencia a un posible asesoramiento *telemático*.

VIGESIMOCTAVA.- La redacción del **apartado 3 del artículo 34** APLO, "[s]ervicios de asistencia integral especializada y accesible", en tanto podría interpretarse como imposición de una suerte de obligación de colaboración dirigida a "*los órganos judiciales competentes*", ha de ser objeto de modificación, lo que no obsta, para trasladar e incorporar a la norma proyectada, como norma específica, la concreción de lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución, que establece el deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Magistrados en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, y en el artículo 17 L.O.P.J. que dispone que todas



las personas y entidades, públicas y privadas, tienen la obligación de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

VIGESIMONOVENA.- Atendida la redacción del **artículo 36** APLO, (al que remiten, en relación con la forma de acreditación de las violencias sexuales, los artículos 39.3 y 40.3, y las disposiciones finales sexta y decimoquinta del Anteproyecto), que incluye documentos de muy distinta naturaleza y valor probatorio, lo que se entiende acorde con el margen de acción del prelegislador para la determinación o concreción en la ley de los distintos supuestos de hecho y documentos que dan derecho al acceso al sistema de recursos diseñado en la misma, el texto proyectado debería concretar debidamente que la acreditación de estas situaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, lo es única y exclusivamente a los efectos del régimen administrativo configurado en la misma, en particular, según el texto proyectado, para el acceso al *"derecho a la asistencia integral especializada y accesible"*.

TRIGÉSIMA.- A la vista del contenido del **artículo 39** del Anteproyecto, *"[d]erechos de las funcionarias públicas"*, y de la **disposición final decimocuarta** del texto remitido que modifica los artículos 49, 82 y 89 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, resulta oportuno que éste órgano constitucional ponga de manifiesto que caso de pretender el prelegislador la extensión de estas previsiones a las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales, debería incorporar las necesarias previsiones específicas en la Ley Orgánica del Poder Judicial al tratarse de cuestiones que inciden directamente en el Estatuto de la Carrera Judicial, sometido a reserva de Ley Orgánica cualificada por mandato del artículo 122 de la Constitución y directamente vinculado a la independencia de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y titulares de la potestad jurisdiccional que les reconoce el artículo 117.1 CE. Asimismo, cualquier circunstancia que afecte a traslados o movilidad de las Juezas y Magistradas víctimas de violencias sexuales deberá, no sólo estar recogida y regulada en la LOPJ, respetando escrupulosamente la reserva de Ley Orgánica cualificada como cuestión atinente al Estatuto de Jueces y Magistrados, sino también cohonestarse debidamente con el resto del sistema, sin afectación en ningún caso del régimen de provisión de plazas judiciales y del derecho a la inamovilidad de todos los integrantes de la Carrera Judicial.

TRIGESIMOPRIMERA.- Se entiende necesaria la revisión de las rúbricas del **Título VI** del Anteproyecto, *"[a]cceso y obtención de justicia"* y su **Capítulo I**, *"[a]ctuaciones fundamentales para la acreditación del delito"*, al apreciarse



que el contenido de los preceptos que los integran no se corresponde con las mismas.

TRIGESIMOSEGUNDA.- En el **apartado 1 del artículo 42** del Anteproyecto se sugiere la utilización de la misma terminología establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que recoge la creación de "*unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas*".

TRIGESIMOTERCERA.- El **artículo 42.6** APLO ha de entenderse como complementario de lo dispuesto en el artículo 87 quáter.2 de la LOPJ, introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género, que prevé la elaboración anual, por parte del Consejo General del Poder Judicial, de un informe sobre los datos relativos a violencia sexual.

TRIGESIMOCUARTA.- En el **apartado 2 del artículo 44** del Anteproyecto la referencia a los "*imputados*" debe sustituirse por la de los "*investigados*", atendida la reforma operada por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

TRIGESIMOQUINTA.- En relación con el **artículo 47** APLO, la regulación de y la recogida de evidencias que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, para su posterior análisis genético, merece dos órdenes consideraciones. En primer lugar, se trata de una recogida de material biológico anterior a la apertura del proceso penal y, por tanto, fuera de este, por lo que el precepto debe contener garantías suficientes para preservar el valor probatorio de tal material, en particular, garantizando la cadena custodia. En segundo lugar, desde el punto de vista de la protección de datos, el prelegislador debe clarificar la base jurídica del tratamiento de datos consistente en la recogida, mantenimiento y destrucción de material biológico, si es preciso el consentimiento de la persona afectada o si, por el contrario, existe base jurídica autónoma fundada en el interés público en asegurar la persecución del delito. En todo caso, debe garantizarse la información a la persona afectada sobre los elementos básicos del tratamiento (fines, responsable del tratamiento, base jurídica, plazo de conservación). Por otro lado, la previsión de un plazo determinado de conservación integra un elemento necesario del derecho fundamental de



protección de datos que debería establecerse en la Ley, por lo que no resulta adecuada la deslegalización de este aspecto sustantivo de la protección. Más allá de lo anterior, procede reiterar el criterio sostenido anteriores de este Órgano constitucional conforme al cual *«atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España»*.

TRIGISEMOSEXTA.- El **artículo 49** del texto remitido, que lleva por rúbrica "[p]rotección de datos y limitaciones de publicidad", cuenta con tres apartados de contenido absolutamente heterogéneo, sin que el apartado 1, en el ámbito procesal, añada o incorpore al Ordenamiento vigente novedad alguna más allá de lo ya recogido en los artículos 235 bis y 266 de la LOPJ, 141 bis, 164, 212 y 355.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 301 bis y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- El **apartado 2 del artículo 49** APLO ha de adecuarse a las previsiones recogidas en la L.O.P.J., tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que vino a abordar la protección de datos en el ámbito de los Tribunales, distinguiendo entre ficheros y datos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales, de manera que cuando se trate de datos sometidos a tratamiento con fines jurisdiccionales, la competencia que el artículo 49.2 APLO atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos corresponderá al Consejo General del Poder Judicial, como Autoridad de Control en estos casos, por mandato expreso del artículo 236 nonies LOPJ. Asimismo, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar, en el apartado 2 del artículo 49 APLO, junto a la cita de las mujeres, referencia a las niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales, de manera coherente con el ámbito de aplicación recogido en el artículo 2.2 del Anteproyecto.

TRIGESIMOCTAVA.- También en relación con el **apartado 2 del artículo 49** del Anteproyecto debe destacarse favorablemente la intención del prelegislador de garantizar una protección específica de los datos personales en los casos de violencia sexual, especialmente cuando ésta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación, si bien, al margen de las funciones y potestades que corresponden a la Agencia Española de Protección de Datos, acordes con lo dispuesto en el artículo 47



de la Ley Orgánica 3/2018, resultaría sumamente conveniente dotar a los Jueces y Magistrados de herramientas legales eficaces al respecto, sugiriendo al prelegislador que, teniendo en cuenta las consideraciones formuladas por este órgano constitucional, valore la conveniencia de recuperar la propuesta de modificación del artículo 13 de la LECrim que recogía el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y que según el texto que figura publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de junio de 2020, ha sido retirada del Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Con ello se vendría además a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información, corrigiendo con ello un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica.

TRIGESIMONOVENA.- Por lo que respecta a la previsión recogida en el **apartado 3 del artículo 49** APLO relativa a la posibilidad de acordar el juzgado o tribunal competente, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, dado que supone una reiteración de lo ya recogido en diferentes normas procesales, como los artículos 138, 355.1 y 754 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 301, 322, y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debería suprimirse por redundante e innecesario. La eliminación de esta previsión no ocasionaría una laguna de protección pues las normas procesales ya contienen reglas adecuadas y redundaría en una mayor coherencia del contenido del artículo proyectado, al evitarse la confusión en un mismo precepto de garantías de carácter administrativo (apartado 2) y garantías procesales (apartado 3).

CUADRAGÉSIMA.- Se sugiere valorar la conveniencia de modular la redacción del **apartado 2 del artículo 52** del Anteproyecto toda vez que, salvo escasas excepciones, el inicio de los procedimientos judiciales se encuentra directamente vinculado con la legitimación del actuante, sin que exista en nuestro Ordenamiento una acción pública a los efectos recogidos en el citado precepto.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- En el **artículo 58.1** del Anteproyecto, al tratar de la actividad probatoria en el seno de los procesos, resultaría conveniente la adecuación de la redacción propuesta incorporando una referencia expresa a lo dispuesto en las normas procesales. Asimismo, ha de tenerse presente que los protocolos a los que alude el artículo 58.1 del Anteproyecto no podrán, en ningún caso, contener previsiones que incidan, afecten o condicionen el



ejercicio de la jurisdicción cuya independencia está constitucionalmente garantizada, quedando fuera de los mismos cualquier prescripción, indicación o pauta que tenga por objeto el ejercicio de la función jurisdiccional, entendiéndose por tal, en palabras de la STS Sala 3ª 3564/2015, de 24 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3564), «*todas aquellas situaciones en las que el Juez debe efectuar una mínima operación valorativa fáctica o jurídica para la adopción de decisiones que puedan resultar procedentes en el marco de una actuación procesal*».

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- La referencia a la recogida de datos estadísticos sobre la actuación institucional en materia de justicia, y a la información relativa a los procesos penales en materia de violencias sexuales, recogida en el artículo 61 del texto remitido, al igual que se indicara en relación con el artículo 5 del Anteproyecto, ha de cohonestarse y entenderse sin perjuicio de las competencias que ostenta el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 87.2 quáter de la L.O.P.J. introducido por la L.O. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género.

CUADRAGESIMOTERCERA.- Se incorpora un nuevo segundo párrafo al **artículo 112 LECrim** en el que se regula como novedad relevante la posibilidad de revocación de la renuncia a la acción civil derivada del delito. Como cualquier derecho subjetivo la acción civil *ex delicto* es renunciable por el perjudicado por el delito (art. 107 LECrim). La regulación propuesta merece un juicio positivo pues con ella se limitan las consecuencias perjudiciales de una renuncia a la acción civil formulada sin una correcta valoración de la situación, evitando, de este modo, que el sujeto activo del delito se beneficie de la abdicación del derecho a la reparación de un daño que resulta mayor del inicialmente considerado o se vea favorecido por consideraciones familiares o personales que hayan podido enturbiar la valoración del propio interés del perjudicado ante las consecuencias dañosas de la acción delictiva. Desde un punto de vista técnico, resulta preferible sustituir la referencia a la víctima por la persona perjudicada o el perjudicado, pues éste es el término que emplea la LECrim para referirse al titular de la acción civil.

CUADRAGESIMOCUARTA.- Una segunda reforma procesal consiste en la ampliación de la prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de determinadas víctimas, contenida en el **artículo 681.3 LECrim**, a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual. La extensión de esta medida procesal de protección frente a la victimización secundaria a las víctimas de delitos contra la libertad sexual merece una valoración positiva y encuentra justificación suficiente. Ahora bien,



confiriendo el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la propia imagen, «*un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona*» (STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8), en relación con los supuestos de víctimas de delitos sexuales adultas, la prohibición de divulgación o información sobre datos sobre su identidad o de imágenes de su persona debería quedar excepcionada en el caso de consentimiento expreso.

CUADRAGESIMOQUINTA.- La tercera reforma en la ley rituarial penal introducida por el anteproyecto tiene por objeto el **artículo 709 LECrim** en el que se añade un nuevo tercer párrafo en el que se establece que en los delitos contra la libertad sexual, no se formularán las preguntas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el presidente o presidenta considere que sean pertinentes y necesarias. No cabe desconocer que en los procesos seguidos por delitos sexuales una de sus particularidades es que la declaración de la víctima deviene la prueba principal de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y ello determina que las estrategias de defensa tiendan a focalizarse en cuestionar la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima. Este tipo de estrategias pueden comportar, por su carácter invasivo y acompañadas de la formulación de prejuicios de género, una revictimización que debe ser evitada por el juez o jueza en el ejercicio de sus facultades de dirección del juicio. En este sentido el artículo 709 segundo párrafo LECrim, en conjunción con lo previsto en el artículo 25.2.c del Estatuto de la víctima del delito, opera como mecanismo de protección de los derechos de la víctima (dignidad, intimidad, vida privada) a la hora de controlar las preguntas formuladas, pero el criterio determinante de su acceso al plenario será el de su necesidad y pertinencia para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, no cabe descartar que por las circunstancias concurrentes en un caso resulte precisa la indagación en los antecedentes o comportamientos sexuales de la víctima.

CUADRAGESIMOSEXTA.- Desde un punto de vista técnico, con el fin de evitar la confusión introducida en el nuevo párrafo proyectado, resultaría más adecuado mantener la regla del párrafo segundo, que es concreción del principio de pertinencia consagrado en el primer párrafo del artículo 709 LECrim, introduciendo la referencia a los antecedentes sexuales y el comportamiento de la víctima como especificación del concepto de vida privada. Asimismo, la redacción debería emplear el lenguaje inclusivo. En este sentido, se sugiere la siguiente redacción:

«El Presidente o Presidenta podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en



particular, en los delitos contra la libertad sexual, respecto a los antecedentes sexuales o al comportamiento de la víctima, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente o Presidenta no permitirá que sean contestadas».

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- Aunque el anteproyecto no lo ha contemplado, debe señalarse que una de las técnicas procesales adecuadas para evitar la victimización secundaria de quienes han sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, en especial en los delitos de trata, es la preconstitución de la prueba y su incorporación posterior al debate plenario para garantizar el derecho de contradicción, evitando así el mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo que supone el enfrenamiento en el juicio oral con la persona acusada. Razones derivadas de la vulnerabilidad de la víctima y del tipo de delito configurarían así una causa legítima que impediría la presencia del sujeto pasivo del delito en el acto del juicio oral. En este orden de consideraciones, sería plausible que el prelegislador introdujera la oportuna regulación de la prueba preconstituida en ese tipo de casos, teniendo en cuenta que en el proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, actualmente en trámite en las Cortes Generales (BOCG, serie A, núm. 22, de 19 de junio de 2020), ya se contiene un nuevo artículo 449 bis y 449 ter LECRIM que regula la prueba preconstituida para el caso de menores víctimas de delito.

CUADRAGESIMOCTAVA.- La disposición final segunda introduce algunas modificaciones en la **Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**, mediante las que se regula los tratamientos farmacológicos. Se introduce un **nuevo apartado 4 al artículo 66** mediante el que se regula los requisitos para administrar a los internos un tratamiento farmacológico. Entre estos requisitos reviste especial relevancia el necesario consentimiento del interno que debe ser informado y pleno. Con el fin de garantizar que el consentimiento sea libre, se prevé que la aceptación o rechazo del tratamiento no podrá conllevar consecuencias positivas o negativas para la situación penitenciaria del interno. Se añade un nuevo **artículo 74 bis** en el que, por un lado, se regula la realización de terapias conjuntas con las víctimas y, por otro lado, se regula el tratamiento farmacológico inhibitor del deseo sexual en los casos de concesión de permisos de salida. Esta última previsión resulta inadecuadamente ubicada, pues su lugar sistemático debería situarse en el capítulo VI relativo a los permisos de salida, configurando un nuevo apartado 3 en el artículo 47. En



todo caso, a la vista de la regulación proyectada, el carácter libre del consentimiento resulta cuestionable.

CUADRAGESIMONOVENA.- Resultaría conveniente que, al menos en la MAIN, se introdujera la razón de ser de la modificación en la **disposición final cuarta**, que suprime del párrafo a) del **artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad**, la referencia al artículo 14 de la Constitución así como a los anuncios que presenten a las mujeres de forma discriminatoria

QUINCUAGÉSIMA.- Al **artículo 83.2 CP** se le añade el siguiente segundo párrafo: *«Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, y cuando se trate de delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4»*. Puede estimarse que la naturaleza de los delitos contra bienes personalísimos como la autodeterminación individual en la esfera sexual (y afectiva) o la integridad física precisa como medida de protección frente a la reiteración delictiva de este tipo de medidas de imposición obligatoria en caso de suspensión del cumplimiento de la pena. Ahora bien, la previsión de que tal imposición obligatoria se acuerde respecto de los delitos cometidos por los motivos del artículo 22.4 CP comporta la extensión de estas medidas a un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales. Tal automatismo proyectado sobre un muy amplio catálogo de ataques de bienes jurídicos penalmente protegidos plantea dudas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, por lo que resultaría más adecuado mantener, en estos supuestos, el margen de arbitrio judicial que concede el artículo 83.1 CP con el fin de graduar, en atención de las concretas circunstancias, la intensidad de los deberes y prohibiciones que deben acordarse en los casos de suspensión de la ejecución de la pena impuestas por delitos con agravante de motivos discriminatorios.

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- El **artículo 84.2 CP** establece que, a la hora de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, no podrá acordarse la imposición del pago de una multa cuando exista alguna de las relaciones personales o familiares indicadas en el precepto entre la persona condenada y la víctima (relación conyugal o equivalente, filiación, consanguinidad, afinidad o convivencia). La finalidad buscada por el legislador consiste en proteger los intereses económicos de la víctima que mantiene vínculo con la persona condenada. El APLO introduce un segundo párrafo al artículo 84.2 CP mediante el que extiende la anterior limitación *«cuando se trate de los delitos contra la libertad sexual o matrimonio forzado del segundo párrafo del artículo 83.2»*. Tal y como está redactado este nuevo párrafo o bien resulta



innecesario o bien carece de justificación. Si la intención del prelegislador es extender la limitación del artículo 83.2 a los supuestos en que las víctimas de delitos sexuales mantengan algún tipo de relación personal o familiar con la persona condenada, tal previsión resulta sobrerera pues el artículo 84.2 CP vigente ya da respuesta a esa hipótesis. Si, por el contrario, el precepto proyectado pretende extender tal limitación (no imponer el pago de multa como condición de la suspensión de ejecución de la condena) a todo supuesto de delito contra la libertad sexual con independencia de que exista una relación personal o familiar de la víctima con la persona condenada, nos encontraríamos ante una disposición cuyo fin legítimo no resulta asequible. Por ello, se sugiere eliminar la modificación del artículo 84.2 CP prevista en el apartado dos de la disposición final quinta del Anteproyecto.

QUINCAGESIMOSEGUNDA.- Se introduce un nuevo apartado 4 en el **artículo 172 bis CP** en el que se prevé el contenido civil de las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado. Se trata de una modificación que está en línea con lo ya previsto en el artículo 193 CP y da cumplimiento a lo previsto en el artículo 32 del Convenio de Estambul respecto de las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos, por lo que debe ser valorada positivamente. Debe eliminarse la reiteración del inciso «*en su caso*» al final del precepto.

QUINCAGESIMOTERCERA.- Se introduce una relevante modificación en la tipificación en **artículo 172 ter CP** del delito de acoso o *stalking*, incorporado en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al eliminar el requisito de que la conducta típica «altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana» y sustituirlo por el de que «altere de cualquier modo el desarrollo de su vida cotidiana». El cambio normativo proyectado parece determinar que el delito de acoso u hostigamiento pasaría de ser un delito de resultado a un delito de mera actividad. Bastará la comisión de forma insistente y reiterada de alguna de las conductas tipificadas en el precepto para considerar que se ha consumado el delito. Ya no se exige rebasar un determinado umbral de perturbación o alteración de la vida cotidiana de la persona acosada (por ejemplo, que como respuesta a la insistencia de la conducta hostigadora el sujeto pasivo del delito se vea obligada a alterar sus hábitos cotidianos, como vía de escapatoria), pues la dicción típica «*alterar de cualquier modo la vida cotidiana*» abarca un muy amplio espectro de afectaciones del bien jurídico protegido, incluidas, cabe pensar, las molestias o incomodidades, adquiriendo así el delito un mayor espacio típico. La relevancia penal del desvalor se sitúa, así, en la conducta que deberá adoptar alguna de las formas comisivas tipificadas y revestir las notas de insistencia y reiteración. De este modo, siendo idónea la conducta para alterar la vida cotidiana resultará irrelevante desde el punto de vista de



la tipicidad el grado de gravedad de esa alteración. Se amplía, en consecuencia, el ámbito de la prohibición penal, sin que de la exposición de motivos o la MAIN se desprenda la razón político-criminal que dé razón de este cambio. La ampliación del espacio típico que supone la punición de conductas que alteren de cualquier modo la vida cotidiana del sujeto pasivo comporta, aparentemente, la desvinculación de la conminación penal del bien jurídico protegido, esto es, la libertad personal. Por ello, y atendiendo el principio de intervención mínima, debería seguir exigiéndose en el tipo un nivel de intensidad suficiente de la acción para afectar el libre desenvolvimiento del sujeto pasivo.

QUINCUAGESIMOCUARTA.- Se introduce un último párrafo en el **apartado 1 del artículo 172 ter CP** que mejora técnicamente la redacción, además de incorporar a la circunstancia agravante la situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad. La adición de una cláusula abierta que permite apreciar la situación de especial vulnerabilidad «*por cualquier otra circunstancia*» precisará de una interpretación estricta que haga previsible la apreciación de cuando concurre la agravación del delito.

QUINCUAGESIMOQUINTA.- Se introducen determinadas modificaciones en el **artículo 173 CP**. En primer lugar, se incorpora un nuevo párrafo en el apartado 1 relativo a la pena que corresponderá a la persona jurídica responsable de los delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario. Debe corregirse la redacción del apartado cinco de la disposición final quinta APLO pues resulta evidente que el párrafo proyectado no puede ser el primero del apartado 1 si no el último de este apartado, pues sólo así tiene sentido la remisión a «los delitos comprendidos en los dos párrafos anteriores».

QUINCUAGESIMOSEXTA.- El **apartado 4 del artículo 173**, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que eliminó las faltas, tipifica como delito leve las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 que tipifica los malos tratos habituales en el ámbito familiar. El Anteproyecto introduce un nuevo segundo párrafo en este precepto en el que se tipifica lo que algún sector doctrinal ha denominado con una finalidad más descriptiva que de precisión técnica «acoso sexual callejero». En la base de la adición de este nuevo tipo penal parece pesar la consideración por el prelegislador que la obligación contenida en el artículo 40 del Convenio de Estambul no se cumple adecuadamente con la existencia de los delitos de acoso sexual del artículo 184 CP o del denominado acoso sexual funcional del artículo 443.1 CP, resultando necesaria la adopción de un tipo de carácter residual que abarque aquellos comportamientos o expresiones de carácter sexual que generen una situación humillante, hostil o intimidatoria en el



sujeto pasivo, fuera de los contextos relacionales contemplados en otros preceptos del Código Penal (ámbito laboral, educativo, administrativo o de relación de servicios). En línea con las reflexiones formuladas respecto del artículo 173 ter CP, en este caso, desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

QUINCAGESMOSÉPTIMA.- En el marco del delito del denominado acoso sexual funcional, el Anteproyecto amplía el ámbito de los sujetos activos del delito del **artículo 443.2 CP** a los funcionarios de «*centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención o custodia*», superando así la falta de tipicidad de conductas merecedoras de reproche penal por tener lugar, también, en el marco de relaciones de dependencia y de restricción de la libertad ambulatoria.

QUINCAGESIMOCTAVA.- La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 proyectado. El tipo básico de agresión sexual o de violación no diferencia según la gravedad de los medios comisivos (violencia, intimidación, abuso de situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.), incluyéndose un tipo atenuado facultativo apreciable por el juzgador en atención de la menor entidad del hecho

QUINCAGESIMONOVENA.- El Anteproyecto da nueva redacción a la **rúbrica del Título VIII del Libro II** del Código Penal que pasa a denominarse «*Delitos contra la libertad sexual*», suprimiendo, de este modo, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por los tipos del Título, incorporada por la Ley Orgánica 11/1999. La eliminación de la referencia a la indemnidad sexual no viene acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores. No se modifica la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años, salvo en los casos en que el autor del delito sea de edad próxima al sujeto pasivo (art. 183 bis CP proyectado), por lo que el cambio de rúbrica del título no pretende expresar una ampliación del ámbito de la libertad sexual (positiva) de los menores de edad. Cabría considerar que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad) respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad *in fieri*, en el sentido de preservar las



condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer con la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual. Ahora bien, la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto y, además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que en el supuesto de agresión sexual agravada cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c) en la redacción proyectada) el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor. Por ello se sugiere valorar el mantenimiento de la rúbrica actual del título.

SEXAGÉSIMA.- La distinción entre agresión y abuso sexual responde a la existencia de una diferencia material en el grado de lesividad de las conductas. Así, la actual regulación se sustenta en el criterio sistemático de la presencia de determinados medios comisivos que determinen bien el *dobleamiento de la voluntad* (violencia o intimidación), la obtención de un *consentimiento viciado* mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, el aprovechamiento un *consentimiento inválido*, en el caso de víctimas menores de 16 años o de abuso de un trastorno mental, o la realización de la conducta sexual *sin el consentimiento* del sujeto pasivo por la previa anulación de su voluntad o verse privada de sentido o por realizarse por sorpresa o porque no ha existido una aceptación inequívoca de la participación en el acto sexual. En la regulación actual, el legislador anuda una distinta penalidad a las diferentes conductas típicas expresando de este modo un distinto desvalor de acción y de resultado de cada una de ellas.

SEXAGESIMOPRIMERA.- La regulación actual ha sido objeto de críticas en algunos extremos relevantes. Así se ha puesto de relieve que la tipificación como abusos sexuales del uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea que anule la voluntad de la víctima, introducida por la LO 5/2010, resulta inadecuada para absorber la cantidad de injusto de la acción, pues el empleo de este tipo de sustancia no es sino una forma de violencia que debería ser castigada como agresión sexual. También se ha discutido la diferencia entre agresión y abuso a partir de la concurrencia de intimidación o prevalimiento de una situación de superioridad. Entre uno y otro medio comisivo no existe, ciertamente, una diferencia material nítida, pues ambos conceptos remiten a realidades que se solapan, haciendo que la distinción del núcleo de significación de uno y otro sea una cuestión de grado. La vaguedad de los conceptos típicos conlleva, inescusablemente, dificultades en la subsunción de los hechos en la norma penal (y ante la dificultad de distinguir, en caso de duda debe aplicarse la solución más favorable [STS 10 de febrero de 1999]), con el consiguiente riesgo de crítica a las resoluciones judiciales por no ajustarse a las expectativas de aplicación



correcta, tal y como se ha comprobado en los últimos tiempos en algún caso notorio. Respecto de estas cuestiones el prelegislador podía haber unificado la denominación de estas dos modalidades de infracción (agresión sexual), sin necesidad de abandonar la distinción típica entre agresión y abuso que responde a un distinto desvalor de la acción lesiva del bien jurídico.

SEXAGESIMOSEGUNDA.- La creación en el **artículo 178 CP** de una **única categoría delictiva de agresión sexual** que aglutina lo que hoy constituyen dos tipos distintos, el de agresión sexual y el de abusos sexuales conlleva una indiferencia valorativa de los medios comisivos que pugna con el principio de proporcionalidad en una doble dirección.

SEXAGESIMOTERCERA.- La tipificación del nuevo artículo 178 CP puede incurrir en una prohibición de defecto de protección (*Untermassverbot*), al resultar irrelevante para la norma penal el que la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin el consentimiento de la persona se consiga mediante el empleo de la violencia o la intimidación o aprovechando la sorpresa o desentendiéndose de cerciorarse si el sujeto pasivo consiente positivamente o no. Desde el punto de vista de la prevención general de la norma, el tipo debe desincentivar con una conminación penal más grave aquellos comportamientos más disvaliosos. La opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las víctimas, pues para el sujeto activo del delito no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor. Con el fin de evitar ese efecto desprotector, sería necesario que se previera una modalidad agravada de agresión sexual cuando concurra un medio comisivo especialmente lesivo (claramente, violencia, amenazas), imponiendo la pena en su mitad superior.

SEXAGESIMOCUARTA.- Podría incurrirse en una prohibición de exceso (*Übermassverbot*) al castigarse con gran severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad. Con el fin de evitar una respuesta penal desproporcionada, se ha incorporado en el **artículo 178.3 CP** un tipo atenuado facultativo que permite al juzgador, razonándolo en la sentencia, imponer una pena menos grave «*en atención a la menor entidad del hecho*». El concepto «*menor entidad del hecho*» empleado en el artículo 178.3 CP proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar



lugar a la apreciación de «*menor entidad*». La opción más idónea, desde el punto de vista de técnica legislativa, es configurar este mismo apartado tercero como un tipo autónomo atenuado en el que se vincule la menor entidad al acto sexual y se excluya su aplicación cuando concurren las circunstancias del apartado segundo, esto es, «*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*».

SEXAGESIMOQUINTA.- El anteproyecto introduce en el artículo 177.1 CP una **definición del consentimiento**, especificando la calidad de este para poder apreciar la exclusión de la tipicidad. Tal definición no responde a un mandato del Convenio de Estambul pues su artículo 36 no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto. Del referido artículo se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto, pero no contiene determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. La regulación del Código Penal vigente en materia de delitos contra la libertad sexual se asienta ya sobre la idea de consentimiento. Así, en la redacción actual todo acto de carácter sexual realizado sin el libre consentimiento del sujeto pasivo es punible, sea en la forma de agresión o de abuso sexual, bien porque no exista tal consentimiento o bien porque se trate de un consentimiento viciado. No obstante, dadas las dificultades de definición derivadas del principio de contexto, nuestro Código Penal no contiene una definición general de consentimiento y en los distintos tipos se hace referencia a éste sin mayor precisión o se emplea el término voluntad.

SEXAGESIMOSEXTA.- La definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria. La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser consentimiento), sino probatoria (cuándo existe o no consentimiento). Pero las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, que no se oculta en la Exposición de Motivos, cuando se refiere a «*reorientar el régimen de valoración de la prueba*». Así, la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser probadas por la defensa para excluir la tipicidad,



alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal.

SEXAGESIMOSÉPTIMA.- Tampoco la incorporación de una definición de consentimiento parece que pueda evitar la victimización secundaria, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que se integran en la definición, lo que provocará que los interrogatorios se centren en el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para integrar el alcance de la cláusula «*circunstancias concurrentes*». Por otro lado, la definición proyectada de consentimiento contiene elementos contradictorios. La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. La primera parte de la definición de consentimiento admite claramente ambas formas de manifestación (*expressis verbis* o *facta concludentia*), sin embargo, el inciso final exige que la voluntad de participar en el acto sea expresa. Por ello, para eliminar la contradicción, el precepto debería referirse a la voluntad a secas, como por otra parte es la práctica del Código cuando emplea este término (arts. 197 bis, 202, 234, 245 CP), que podrá manifestarse de modo expreso o tácito.

SEXAGESIMOCTAVA.- La inclusión de una cláusula normativa de consentimiento reviste una decisiva importancia, no solo para la propia configuración normativa del injusto y de los elementos que lo integran, sino en su proyección en el proceso y en la determinación de la carga de la prueba que debe exigirse a la acusación. La redacción de los presupuestos del consentimiento habilitante del contacto sexual, a la luz de la Exposición de Motivos, que de manera textual afirma buscar un cambio de perspectiva sobre el régimen de valoración de la prueba, obliga a poner de manifiesto, y a recordar, los graves problemas de compatibilidad constitucional ex artículos 24 CE y 47 CDFUE que introduce cualquier modelo de intervención penal que comporte o estimule una inversión de la carga de la prueba sobre los elementos constitutivos de la infracción penal. La propuesta normativa sometida a informe de este Órgano constitucional no debería introducir riesgo alguno de afectación del principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, de la mano de fórmulas normativas de tipificación que sugieran modificación de la carga de la prueba que ex *Constitutione* debe recaer sobre las acusaciones.

SEXAGESIMONOVENA.- En las legislaciones que han optado por tipificar los delitos de violencia sexual a partir del denominado modelo del consentimiento se ha introducido una modalidad imprudente de comisión, con el fin de penalizar aquellos supuestos en los que el autor no ha desplegado la diligencia necesaria y exigible para determinar que el sujeto pasivo ha emitido un consentimiento válido y eficaz. Tal es el caso del código penal noruego



(sección 192) y sueco (capítulo 6, sección 1). En nuestra regulación vigente, la falta de una disposición específica que sancione la imprudencia conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP), que en los supuestos de error vencible sobre la concurrencia de uno de los elementos del tipo (por ejemplo, la falta de consentimiento) deba acordarse la absolución (en este sentido, *mutatis mutandi*, el caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2008). Es cierto que con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas el aplicador podría encuadrar los supuestos dudosos por falta de dolo directo en el ámbito del dolo eventual, pero, sin duda, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible.

SEPTUAGÉSIMA.- El **artículo 179 CP** tipifica el delito de violación en términos idénticos a la regulación vigente, rebajando, sin embargo, la pena de prisión de seis a 12 años a prisión de cuatro a diez años. El ámbito de aplicación del delito se amplía en coherencia con la nueva tipificación de las agresiones sexuales del artículo 178 CP, de modo que los abusos sexuales con penetración del actual 181.4 CP pasan a tipificarse como delitos de violación. El anteproyecto se sitúa, de este modo, en la línea de la LO 11/1999 que reintrodujo el tradicional *nomen iuris* violación en el Código Penal y la ampliación de su campo de cobertura tiende a ajustarse a los usos lingüísticos de la sociedad.

SEPTUAGESIMOPRIMERA.- La agravante de que los hechos se cometan por la actuación de dos o más personas (**art. 180.1.1ª CP**), al haberse unificado las actuales conductas de agresiones y abusos sexuales, puede aplicarse a aquellas modalidades de agresión sexual que con el Código vigente se calificarían de abusos. Se recoge, de este modo, una adecuada punición de conductas que presenten un mayor desvalor y que ahora no daban lugar a una pena agravada por la limitación de circunstancias agravantes de los abusos sexuales contenida en el artículo 181.5 CP.

SEPTUAGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 180.1.2ª CP** contempla la circunstancia agravante de que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Ambas circunstancias remiten a bienes jurídicos distintos: integridad física, de un lado, e integridad moral, en el otro. Por ello, por razón de una mejor sistemática, sería conveniente que la circunstancia violencia de extrema gravedad se ubique en el artículo 181.1.6ª CP (uso de armas u otros medios igualmente peligrosos) cuyo bien jurídico subyacente es el mismo. Debe llamarse la atención de que



la introducción de la circunstancia de la concurrencia de violencia de extrema gravedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.f del Convenio de Estambul, pero tal agravación determina que el tipo básico de agresión sexual absorbe los supuestos en que concurra violencia, aunque esta sea grave, lo cual redundaría en las consideraciones ya efectuadas sobre el efecto de desprotección que puede generar la opción por la parificación de todas los medios comisivos de un ataque a la libertad sexual en único tipo.

SEPTUAGESIMOTERCERA.- El carácter particularmente degradante o vejatorio se predica actualmente de la violencia o intimidación (art. 180.1.1ª CP vigente), por lo que la agravante se vincula al medio comisivo. La propuesta se refiere a «actos» que revistan tal carácter y que precedan o acompañen a la agresión sexual. El término actos tanto puede referirse a los medios comisivos como al acto de naturaleza sexual en que consista el atentado, por lo que se amplía el campo de aplicación de la agravante.

SEPTUAGESIMOCUARTA.- En el **artículo 180.1.3ª CP** se mantiene sustancialmente la redacción vigente, introduciendo, sin embargo, como cláusula abierta la de que la situación de especial vulnerabilidad puede apreciarse «por cualquier otra circunstancia». No parece que de este enunciado se desprenda una voluntad del prelegislador de apartarse de la doctrina jurisprudencial que ha venido sosteniendo una interpretación restrictiva del inciso víctima especialmente vulnerable por razón de su «situación» que vinculaba el motivo de la vulnerabilidad a la propia persona y no a factores objetivos o exteriores a la misma, que podían subsumirse en la agravante genérica del artículo 22.2 CP (SSTS 1386/2005 y 625/2010).

SEPTUAGESIMOQUINTA.- Se introduce una nueva circunstancia agravante en el **artículo 180.1.4ª CP**: «*Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*». La novedad responde a la incorporación de lo previsto en el artículo 46.a del Convenio de Estambul, pero con la relevante variación de que la redacción propuesta introduce una variable de género que está ausente en el Convenio que se refiere a «*que el delito se hay cometido contra un cónyuge o pareja de hecho*». La nueva circunstancia agravante específica, a la vista de la evolución jurisprudencial, viene a consolidar normativamente la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación, y además concurre el plus de culpabilidad del autor por el desprecio a la comunidad de convivencia.

SEPTUAGESIMOSEXTA.- El **artículo 180.1.7ª CP** introduce como circunstancia el hecho de que para la comisión del delito el autor haya



anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, formulando como agravante lo que ahora es un medio comisivo del delito de abusos sexuales (art. 181.2 CP vigente). La redacción proyectada merece una valoración favorable que recoge el mayor desvalor de este tipo de conductas y que como se había puesto de manifiesto por la doctrina constituyen una forma de violencia en la comisión del delito, que hubiera debido llevarse al ámbito de las agresiones sexuales en la configuración vigente.

SEPTUAGESIMOSÉPTIMA.- El **artículo 181 CP** proyectado tipifica las agresiones sexuales a menores de 16 años. La redacción del tipo básico contenida en el apartado 1 mejora técnicamente la actual regulación del artículo 183.1 CP vigente. La literalidad del tipo actual («*el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*») ha podido plantear dudas acerca de si se trata de un delito de propia mano del que se excluye aquellos actos sexuales que no impliquen contacto entre el sujeto activo y pasivo. Se trataba de dudas doctrinales que no han llegado a plantearse en nuestra jurisprudencia para el que las formas comisivas del delito admitiendo tanto el contacto directo del sujeto activo con el menor como los supuestos en que no concurra contacto corporal ni contigüidad física alguna (STS 3017/2016, de 12 de abril). La letra del tipo deja claro ahora que el tipo incluye los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

SEPTUAGESIMOCTAVA.- El **artículo 181.2 CP** tipifica las modalidades agravadas de agresión sexual contra menores de 16 años, por emisión a las formas comisivas contempladas en el artículo 178. Se introduce un tipo atenuado facultativo similar al previsto en el artículo 178.3 CP, si bien en lugar de «*menor entidad del hecho*» se dice «*menor gravedad del hecho*». Son trasladables en este punto las mismas observaciones expuestas más arriba sobre la falta de taxatividad del precepto.

SEPTUAGESIMONOVENA.- El **artículo 181.4 CP** contempla un listado de circunstancias agravantes respecto del que se reiteran las consideraciones ya formuladas sobre la ubicación sistemática de la agravante «*violencia de extrema gravedad*», la amplitud del concepto de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y sobre el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima.

OCTOGÉSIMA.- La agravante contemplada en el **artículo 181.4.f CP** proyectado supone trasladar al ámbito de las agresiones sexuales contra menores lo ya previsto para las agresiones sexuales contra mayores de 16 años y supone una mejora técnica respecto de lo establecido actualmente en



el artículo 183.4.f CP vigente que contiene conceptos más abiertos e imprecisos.

OCTOGESIMOPRIMERA.- La agravante prevista en el **artículo 181.4.d CP** produce cierta perplejidad, pues tras la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, los menores de 16 años no pueden contraer matrimonio. No es descartable que puedan darse casos de relación de pareja en la que al menos uno de sus miembros se menor de 16 años, pudiendo ser aplicable la agravante en estos supuestos. En todo caso, el prelegislador debería reajustar la redacción de este precepto.

OCTOGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 182 CP** mantiene el delito contemplado en el artículo 183 bis CP vigente con alguna variación relevante. Por un lado, se elimina del tipo la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual con buen criterio pues tales conductas pasan a estar expresamente contempladas en el tipo básico del artículo 183.1 CP proyectado. Se mantiene, en cambio, la conducta típica consistente en hacer presenciar actos de naturaleza sexual, tal y como exige la Directiva UE/2011/93. En el tipo agravado previsto en el artículo 182.2 CP proyectado con el fin de mantener un nivel adecuado de precisión debería sustituirse el término «*delito de carácter sexual*» por «*delito contra la libertad sexual*».

OCTOGESIMOTERCERA.- El **artículo 183 bis CP** proyectado introduce mejoras técnicas en la redacción del artículo 183 quáter CP vigente. En particular, ha de valorarse favorablemente la limitación de la eficacia para la exclusión de responsabilidad penal del consentimiento del menor, que se circunscribe a los tipos básicos de agresión sexual del artículo 181.1 CP y del artículo 181.2 CP, a diferencia de la regulación vigente que extiende tal eficacia a todos los delitos contenidos en el capítulo II del título II. Esta precisión del ámbito de eficacia excluyente de la antijuricidad del consentimiento dota de mayor seguridad jurídica al precepto, pues al tener que tratarse de un consentimiento libremente formado es claro que deben excluirse los supuestos en que se haya obtenido mediante violencia, intimidación, engaño, abuso, etc. Esta limitación de la eficacia del consentimiento que en la redacción vigente queda en manos del intérprete, se expresa ahora de modo claro y preciso en la norma.

OCTOGESIMOCUARTA.- El **cuadro penológico** contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII supone una reducción del límite máximo de algunas penas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el establecimiento de la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta



conseguirlo es expresión de «*un complejo juicio de oportunidad*» (STC 55/1996, FJ 6) en la elaboración de la política criminal. Respecto de los marcos penales proyectados cabe señalar que el anteproyecto no ofrece una justificación de los nuevos umbrales de pena previstos. Por otro lado, la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente.

OCTOGESIMOQUINTA.- El **artículo 184 CP** proyectado introduce como novedad destacable en la regulación del acoso sexual la previsión de la pena de inhabilitación especial de un año a quince meses para el tipo básico y de uno a dos años para el tipo agravado.

OCTOGESIMOSEXTA.- Se modifica la tipificación del proxenetismo no coactivo en el **artículo 187.2 CP** proyectado, incorporando, aparentemente, un concepto más amplio de explotación. El vigente artículo 187.1 segundo párrafo, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 establece dos hipótesis en las que debe apreciarse la explotación lucrativa de la prostitución (consentida) de otra persona: cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad o cuando se impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. El precepto proyectado dispone ahora que «*se entenderá que hay explotación cuando exista aprovechamiento de una relación de dependencia o subordinación*». Parece clara la intención del prelegislador de ampliar el concepto de explotación vinculándolo a la existencia de una relación de dependencia o subordinación, esto es, que quien se lucra de la prostitución ajena controla, dirige y fija las condiciones de su ejercicio. Estos elementos objetivos del concepto típico de explotación resultan más asequibles al esfuerzo probatorio. Ahora bien, este planteamiento se ve empañado con el uso del sustantivo aprovechamiento, pues parece añadir un ítem distinto al del lucro cuyos contornos resultan difícilmente identificables. En este sentido, debería eliminarse el inciso «*aprovechamiento de*».

OCTOGESIMOSÉPTIMA.- El **artículo 187 bis CP** proyectado introduce como delito contra la libertad sexual la denominada tercería locativa, actualmente impune, pero lo hace en unos términos tan exigentes que resulta dudoso que la finalidad de conminar penalmente este tipo de conductas que inciden sobre la libertad sexual de las personas sea realmente eficaz. El requisito de habitualidad deja fuera del tipo las conductas de quienes ceden con ánimo de lucro un espacio para la explotación de la prostitución de otra cuando tenga carácter más o menos puntual o no reiterado. No parece que la habitualidad exprese una cantidad de desvalor en comparación con la tercería locativa realizada de forma ocasional o no reiterada de tal magnitud



que justifique que sólo esta forma comisiva merezca reproche penal. La tercería locativa no deja de contribuir a la explotación de la prostitución ajena, aunque no tenga carácter habitual, pues la lesión del bien jurídico protegido no desaparece por falta de reiteración. Por ello, debería contemplarse la punición de la tercería locativa no habitual como modalidad atenuada. Por otro lado, la delimitación de los espacios destinados a la explotación de la prostitución ajena que tienen relevancia típica parece responder a una visión del fenómeno que se quiere combatir que adolece de cierto convencionalismo. Debería establecerse una descripción más abierta de los espacios típicos que permita abarcar otro tipo de lugares idóneos (caravanas, tiendas, etc.) para la explotación de la prostitución.

OCTOGESIMOCTAVA.- El **artículo 189 bis CP** en relación con las penas imponibles a las personas jurídicas penalmente responsables se introduce como mejora técnica la expresa previsión de la disolución de la persona jurídica.

OCTOGESIMONOVENA.- Se valora favorablemente la reubicación del **artículo 190 CP** dentro del Capítulo VI relativo a las disposiciones comunes.

NONAGÉSIMA.- El **artículo 194 bis CP** proyectado introduce una norma concursal conforme a la cual los delitos cometidos contra la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero y los delitos contra la libertad sexual se castigarán separadamente, esto es, conforme al principio de acumulación propio del concurso real. Con esta previsión normativa parece que deberá entenderse corregida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual las lesiones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual deben considerarse consumidas en el tipo delictivo, sin perjuicio de su valoración a efectos de responsabilidad civil (Acuerdo del Pleno no jurisdicción de la Sala II de 10 de octubre de 2003, recogido en SSTS 7 de noviembre de 2013, 22 de octubre de 2015 y 5 de febrero de 2018). Por otra parte, respecto de las lesiones físicas, la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que la agresión sexual o la violación en su tipificación actual consume las lesiones producidas por la violencia como medio comisivo típico (SSTS 10 de diciembre de 2002 y 17 de julio de 2008). Con la regulación proyectada, en cambio, en la medida en que el tipo básico de agresión sexual no contempla específicamente como medio comisivo la violación, cabe entender que el delito de agresión sexual no consumiría las lesiones producidas por la violencia, procediendo la aplicación de la norma concursal. En todo caso, debe subrayarse que no resulta justificado apartarse de las reglas concursales generales, bien definidas en su aplicación por la jurisprudencia, mediante el establecimiento de reglas especiales de concurso.



NONAGESIMOPRIMERA.- En la **disposición final sexta**, el intento de extender el objeto de la **Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual** mediante la reforma del **apartado 2 del artículo 1**, sustituyendo la expresión «las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia» por una amplia enumeración de conductas que atentan contra la libertad sexual, resulta innecesario e implica el riesgo de delimitar el precepto en la práctica, al no ser posible enumerar toda la posible casuística, siendo la redacción actual más adecuada para poder abarcar cualquier ataque a la libertad sexual.

NONAGESIMOSEGUNDA.- El intento de concreción de aspectos a ser evaluados en el muy difícil ámbito de la cuantificación de lo que genéricamente vendría a referirse al daño moral que se realiza en el **apartado 4 del artículo 6 de la Ley 35/1995** resulta adecuado, si bien se producen incongruencias entre alguno de los conceptos a ser evaluados, resultando sistemáticamente más adecuado y clarificador que se incluyesen en dicho apartado únicamente las nociones directamente relacionados con el daño mental y/o moral, y se añadiera un nuevo apartado referido a daños físicos y materiales, o, se optase simplemente por ampliar la referencia a “daños físicos, psíquicos, morales y materiales”.

NONAGESIMOTERCERA.- En el **apartado 1 del artículo 7 de la Ley 35/1995** se añade un nuevo párrafo por el que se amplía la prescripción para la solicitud de ayudas en caso de víctimas de delitos de género o contra la libertad sexual a tres años. Debe señalarse que la ampliación del plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas a tres años respecto de las víctimas de violencia de género ya se había incorporado en la Ley mediante la adición de un apartado 4 al artículo 7 por la Ley 6/2018, de 3 de julio, por lo que el APLO en este punto viene a incorporar a este singular régimen a las víctimas de delitos contra la libertad sexual. En consecuencia, debería derogarse el apartado 4 del artículo 7. Por otro lado, cabe indicar que al fijarse como *dies a quo* del plazo, «*en todo caso*», la fecha en la que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso, se puede genera dificultades para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción en los supuestos de víctimas cuya condición de tales se haya determinado por vías ajenas al proceso penal.

NONAGESIMOCUARTA.- En la **disposición final séptima**, por razones de economía legislativa, resultaría sistemáticamente más adecuado que en vez de añadir **el artículo 31 ter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, se hiciesen las adaptaciones oportunas del artículo 31



bis relativo a las víctimas extranjeras de violencia de género para incluir a las víctimas de violencia sexual. Por otra parte, con independencia de que se opte por incluir en el artículo 31 bis a las víctimas de violencia sexual o por mantener el nuevo artículo 31 ter, debe tomarse en consideración la regulación contenida en el artículo 59 bis de la Ley, referida a las víctimas extranjeras de trata de seres humanos. Este artículo establece una protección limitada, que requiere la cooperación de la víctima con las autoridades, en tanto que el nuevo artículo 31 ter -o el ampliado artículo 31 bis, en su caso-, el cual es aplicable a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, ofrece una protección sin condicionamiento de cooperación. Se produce una aparente concurrencia normativa que pudiera producir problemas en la determinación de la norma aplicable, y dar lugar a resultados contrarios a la finalidad y objetivo de la ley proyectada. Esta concurrencia queda salvada si entendemos, como parece indicar el artículo 31 ter, que el criterio que habrá de determinar la aplicación de uno u otro régimen de protección es la existencia o no de denuncia de los hechos presuntamente delictivos, de modo que el régimen proyectado en artículo 31 ter se aplicaría para el caso en que se haya formalizado ya el inicio de la investigación a través de la denuncia, mientras que el régimen del artículo 59 bis se desenvolverá en las fases previas a la formulación de la denuncia, aplicándose a todas las víctimas potenciales de trata de seres humanos.

NONAGESIMOQUINTA.- En la reforma de la **Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas**, que se lleva a cabo en la **disposición final décima** con la introducción de modificaciones en el **apartado 30 del artículo 7**, se opta por una extensión de los motivos de discriminación que no aparece recogida en dichos términos en el texto proyectado ni en la MAIN del Anteproyecto, sin que aparezca explicación y justificación alguna para la modificación que se lleva a cabo en esta disposición legal, y que no se extiende a otras regulaciones relativas a los servidores públicos, siendo la redacción actual no sólo suficientemente amplia, sino más adecuada para una interpretación ajustada a las circunstancias gracias a la expresión *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* que, no obstante, se elimina en la nueva redacción, por lo que se sugiere la posibilidad de que el prelegislador mantenga la actual redacción o incluya la citada frase como cierre del precepto.

NONAGESIMOSEXTA.- Se añade *in fine* en el **artículo 7.30 de la Ley Orgánica 8/2014** la expresión «*cuando no sean constitutivos de delito*», lo que debe calificarse de reiterativo, toda vez que el artículo 7 se encabeza estableciendo «*Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito*», sin que sea necesaria su adición en todos y cada uno de los



apartados, y sin que aparezca justificado que solo se reitere en el apartado 30.

NONAGESIMOSÉPTIMA.- No se aborda la reforma del **apartado 12 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014**, produciéndose una tipificación global deficiente y confusa, que añade a la falta grave las acciones de «*acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*», cuando «*realizarlas, ordenarlas o tolerarlas*», encontraban ya su específica regulación, por su mayor gravedad, en el artículo 8.12. En todo caso, si el objeto de la reforma fuese que el «no denunciar», acción típica exclusiva del artículo 7.30, se extendiera a las conductas de «*acoso sexual, por razón de sexo o profesional, agresiones sexuales*», procedería que se especificase correctamente en el enunciado.

NONAGESIMOCTAVA.- Resulta acertada la reforma del **artículo 5.1.m) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito**, que se aborda en la **disposición final decimoprimer**a, ya que la modificación propuesta mejora la efectividad del sistema de protección y despeja dudas respecto al derecho a la notificación cuando se producía algún tipo de problemática en relación con la solicitud y su tramitación. Bien es cierto que, dado que esta disposición se configura como un derecho básico de las víctimas, a pesar de no ser parte del procedimiento penal, procedería incluir una cláusula que permitiese a estas manifestar su deseo de no recibir dichas notificaciones.

NONAGESIMONOVENA.- Resulta innecesaria la modificación que se realiza del **apartado 3 del artículo 7 de la Ley 4/2015**, y que consiste en la ampliación del precepto original a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, siendo lo procedente, a tenor de las modificaciones anteriores, eliminarla, ya que, si todas las víctimas tienen derecho a ser notificadas de todas las resoluciones enumeradas en el apartado 1, resulta falta de congruencia establecer en el apartado 3 que determinadas víctimas -de violencia de género y de delitos contra la libertad sexual-, deberán ser notificadas de las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d).

CENTÉSIMA.- Se sugiere que en la modificación del **apartado b del artículo 25.1 de la Ley 4/2015** se sustituya la expresión «*así como en género*», por «*así como formación en género*», para mayor claridad.

CENTESIMOPRIMERA.- En caso de que se lleve a cabo la modificación del Código Penal en los términos planteados en la disposición final quinta del Anteproyecto, con la modificación del Título VIII y la eliminación de la palabra



“indemnidad” de su rúbrica, procedería llevar a cabo las correspondientes modificaciones en las referencias contenidas en el Estatuto de la Víctima en **los artículos 13.1 a), 19.1, 23.2 b) y 23.4.**

CENTESIMOSEGUNDA.- En la modificación del **artículo 48 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar** que se realiza en la **disposición final decimosegunda**, al eliminarse la exigencia de la gravedad en relación con la acción típica de realizar actos de discriminación, se produce una equiparación entre el tipo penal y la falta disciplinaria (artículo 7.30 de la Ley disciplinaria militar), por lo que procedería, bien mantener la graduación, bien eliminar la tipificación disciplinaria, convirtiendo la conducta, independientemente de su gravedad, en delictiva, lo que, sin embargo, podría resultar contrario al principio de intervención mínima del derecho penal.

CENTESIMOTERCERA.- Dadas las modificaciones relativas a los motivos de discriminación que se producen en la Ley Disciplinaria Militar y en el artículo 48 del Código Penal Militar, procedería, si se decide mantener dicha modificación, introducir idéntica reforma en **el artículo 50**, pues de lo contrario, se produciría una distinción incoherente. Del mismo modo, si finalmente se optase por eliminar la “gravedad” de la acción del artículo 48 en relación con los actos de discriminación -y por tanto, la correlativa modificación de la ley disciplinaria con la eliminación de dicha falta-, también procedería eliminar dicha exigencia de gravedad en el artículo 50.

CENTESIMOCUARTA.- La **disposición final decimoctava** del Anteproyecto contempla la **especialización tanto de órganos judiciales como de sus titulares en materia de violencias sexuales**. El prelegislador propone a) revisar las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y Magistrados»; y b) la configuración -por ley ordinaria- de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en la Ley Orgánica proyectada.

CENTESIMOQUINTA.- A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura Ley Orgánica de modificación de la LOPJ, no aparece clarificado por el momento si la futura especialización prevé la creación de órganos jurisdiccionales específicos que -se debe entender dentro del orden jurisdiccional penal- abordarían de forma exclusiva y excluyente los delitos de violencia sexual, o si se opta por una revisión de las competencias que



tienen actualmente atribuidos los Juzgados de violencia sobre la mujer, a fin de incluir los delitos contra la libertad sexual, sin necesidad de creación de nuevos órganos especializados, pero, indudablemente, con la necesidad de incrementar el número de juzgados de violencia para hacer frente a sus nuevas competencias.

CENTESIMOSEXTA.- En todo caso, la multiplicidad de conductas y diversidad de sujetos que implican los delitos contra la libertad sexual supone la necesidad de clarificar y determinar circunstancias específicas, como qué órgano judicial, si el Juzgado de menores o el de violencia sobre la mujer (u otro órgano judicial especializado), tendría atribuida la competencia en caso de un delito de violencia sexual cometido por un menor de edad. Del mismo modo, debería determinarse si la creación de nuevos órganos especializados, en caso de que se opte por dicha opción, supondría la atribución de la competencia sobre la violencia sexual de género, quedando por tanto excluida de los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Finalmente, la violencia sexual sobre menores de edad presenta unas características específicas relevantes que obligan a plantearse la posibilidad de establecer a su vez órganos jurisdiccionales especializados en los crímenes sexuales contra niños y adolescentes.

CENTESIMOSÉPTIMA.- Si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y de órganos jurisdiccionales especializados en infancia, adolescencia y familia, ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de sus configuración territorial, la creación de una jurisdicción especializada -o el incremento de las competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer, que indudablemente debería verse acompañado del incremento del número de estos Juzgados- destinada a conocer de los delitos de violencia sexual, conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con dichas competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales -con la creación de nuevos órganos o el aumento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y los Juzgados de lo penal y secciones de las Audiencias destinadas a esta tarea-, y un nuevo diseño de su organización territorial, sino un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva organización sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que parece animar su creación, la mejor protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual.



CENTESIMOCTAVA.- La prevista futura Ley Orgánica de reforma de la LOPJ deberá definir con claridad si, además de la creación de nuevos órganos jurisdiccionales especializados -o de la ampliación de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer (cfr. artículos 311 y 312.2 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018); o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales especializados -ya sean nuevos órganos de violencia sexual o de violencia sobre la mujer- a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia; o si, finalmente, se modifica el contenido de dichas pruebas selectivas en la especialización de violencia sobre la mujer para incluir los conocimientos en violencia sexual.

CENTESIMONOVENA.- Las razones en las que se sustenta la especialización jurisdiccional y la intensa relación entre la materia objeto de especialización, la norma y el órgano, no se encuentran de forma tan nítida cuando se trata de una materia, la relativa a las violencias sexuales, que, en su transversalidad, se proyecta sobre distintos ámbitos normativos y esferas de actuación jurisdiccional diferentes. Si, como se propugna como mejor técnica normativa en las consideraciones generales de este informe, el tratamiento normativo más plausible pasaría por ampliar el ámbito objetivo de las distintas normas que pueden confluir en el tratamiento de las violencias sexuales, se diluyen entonces las razones que conducen a configurar un orden específicamente especializado en dicha materia, cuando habría de quedar incorporada a aquellas materias, y al correspondiente marco normativo, que ya se encuentran reservados a órganos especializados actualmente existentes.

CENTESIMODÉCIMA.- En el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de violencia sexual, debería tener en cuenta la habilitación que desde la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

CENTESIMOUNDÉCIMA.- La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda al régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 25 de febrero de 2021.

Jose Luis de Benito y Benitez de Lugo
Secretario General