

Comentari sobre les reformes al Codi penal en matèria de delictes sexuals i protecció a les víctimes de maltractaments¹

SÍLVIA PLANET I ROBLES

Tècnica en recerca.
Escola de Policia de Catalunya

341

1. INTRODUCCIÓ

Des de la promulgació del nou Codi penal² de 1995, i fins i tot abans de la seva aprovació, han estat abundants les crítiques i les demandes des de diferents àmbits socials, polítics i jurídics sobre la necessitat de la reforma urgent de la protecció penal de les víctimes dels delictes contra la llibertat sexual i els maltractaments en l'àmbit familiar. Els delictes sexuals i la denominada violència domèstica són temes de molta importància, perquè, a més de l'interès i la preocupació social que susciten, generen una destacada sensibilitat i solidaritat amb les víctimes que pateixen aquest tipus d'agressions. El fonament de la reacció social contra aquestes conductes es troba en la injusta, irracional i brutal manera en què es produeixen, el patiment de les víctimes, l'abús de la situació d'especial vulnerabilitat en què sovint es troben i la dificultat d'actuar contra l'agressor, que amb freqüència s'aprofita de l'empara que ofereix el marc de la privacitat en què es cometen aquests delictes, cosa que n'afavoreix la impunitat.

Per aquestes raons, i malgrat la recent entrada en vigor del CP, durant el 1999 s'hi han introduït dues modificacions d'especial rellevància que tenen per objectiu la reforma, d'una banda, dels delictes sexuals (Llei orgànica 11/1999, de 30 d'abril) i, de l'altra, principalment, del delicte de maltractaments en l'àmbit familiar (Llei orgànica 14/1999, de 9 de juny).

No obstant això, aquestes lleis, a més de modificar el CP, també modifiquen la

1. El present comentari no té per objecte l'anàlisi exhaustiva o amb detall de les reformes penals en matèria de delictes sexuals i violència domèstica, sinó que pretén informar d'una manera sintètica de les modificacions introduïdes mitjançant la Llei orgànica 11/1999, de 30 d'abril, i la Llei orgànica 14/1999, de 9 de juny.

2. D'ara endavant CP.

Llei orgànica del poder judicial³ i la Llei d'enjudiciament criminal⁴ en aquells aspectes que, d'acord amb les reformes que introdueixen en matèria penal i els objectius que persegueixen,⁵ requereixen l'adequació de la normativa existent a la nova regulació, les innovacions de la qual, en síntesi, s'exposen en la present comunicació.

2. LLEI ORGÀNICA 11/1999, DE 30 D'ABRIL, DE MODIFICACIÓ DEL TÍTOL VIII DEL LLIBRE II DEL CODI PENAL

2.1 Estructura de la Llei

La LO 11/1999 consta d'una exposició de motius, set articles i una disposició final. L'articulat d'aquesta Llei modifica no només els delictes contra la llibertat sexual, que constitueixen el nucli fonamental de la reforma, sinó també altres preceptes del CP en relació amb la prescripció, les mesures cautelars, les mesures de seguretat i el tipus penal de maltractaments constitutius de falta. La disposició final única té per objecte la modificació de dos apartats de l'article 23 de la Llei orgànica del poder judicial.

2.2 Fonament de la reforma

El legislador addueix en l'exposició de motius de la Llei, en línies generals, que el fonament de la modificació introduïda per la LO 11/1999 es deu a la manca d'adequació de la normativa que conté el CP quant a les conductes tipificades i a la comminació penal, i també a les exigències de la societat nacional i internacional en relació amb la importància del bé jurídic que pretenen protegir.⁶

3. Mitjançant la disposició final única de la LO 11/1999, de 30 d'abril, es modifica l'article 23 de la LOPJ, sobre la competència de la jurisdicció espanyola i el principi de territorialitat en els delictes relatius a la prostitució i a la corrupció de menors.

4. L'article tercer de la LO 14/1999, de 9 de juny, modifica un total de deu articles de la Llei d'enjudiciament criminal, sobre els quals es farà una breu referència posteriorment.

5. Així, per exemple, el legislador indica en l'exposició de motius de la LO 14/1999 que la modificació d'alguns articles de la Llei d'enjudiciament criminal «persegueix l'objectiu de facilitar la protecció immediata de la víctima en els delictes de referència, mitjançant la introducció d'una nova mesura cautelar que permeti el distanciament físic entre l'agressor i la víctima, mesura que es pot acordar entre les primeres diligències». La modificació de l'article 104 de la Llei d'enjudiciament criminal s'introdueix amb l'objecte de «permetre la persecució d'ofici de les faltes de maltractaments» i, finalment, altres disposicions del mateix cos legal es modifiquen amb el propòsit de reduir els efectes perniciosos que pugui tenir el desenvolupament d'un procés judicial en què intervinguin menors d'edat. El legislador indica amb aquest efecte que «s'introdueix la cobertura legal necessària per què no es produeixi una confrontació visual entre els menors i el processat».

6. La descoberta de l'existència d'organitzacions criminals pedòfiles a Europa el 1996, la gravetat d'aquestes conductes criminals i la consideració de l'explotació sexual dels menors com una violació inacceptable dels drets humans van portar a l'adopció de la Resolució 1099 (1996), de 25 de setembre, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa sobre l'explotació sexual dels nens, on es va posar de manifest la necessitat de millorar la cooperació judicial i policial a Europa i d'adequar la normativa en matèria de protecció als menors víctimes de delictes sexuals. L'adopció de l'esmentada Resolució 1099

Tanmateix, cal destacar que, en matèria de protecció de menors, la redacció del CP de 1995 va suposar, per una banda, la desaparició del delictes de corrupció de menors⁷ i, per l'altra, va mantenir les llacunes que existeixen quant a la comercialització de material pornogràfic infantil i l'atipicitat de determinades conductes sexuals. La recent LO 11/1999, de 30 d'abril, omple algunes d'aquestes llacunes perquè introdueix la tipificació (articles 181.2 i 180.3 i 4) de les conductes sexuals exercides sobre menors de tretze anys i amplia les conductes punibles quant a la comercialització de material pornogràfic infantil, que comprèn, a més de l'elaboració d'aquest material, la producció, venda, distribució, exhibició o el fet de facilitar la producció, venda, difusió o exhibició per qualsevol mitjà de material pornogràfic en què s'hagin utilitzat menors d'edat o incapaços, així com la tinença d'aquest material amb aquesta finalitat.

2.3 Contingut de la Llei orgànica 11/1999, de 30 d'abril⁸

La LO 11/1999, en el seu article primer, modifica l'enunciat de l'epígraf del títol VIII del llibre II del CP de 1995, relatiu als «delictes contra la llibertat sexual», i hi afe-

(1996) va fomentar un conjunt d'accions, tres de les quals destaquen especialment en la gènesi de l'aprovaació de la LO 11/1999. En primer lloc, en data 26 de novembre de 1996 el ple del Congrés dels Diputats va aprovar una proposició no de llei, que va ser complementada per una altra de 6 de maig de 1997, totes dues per iniciativa del Grup Parlamentari Popular, que instava el Govern a presentar un projecte de llei orgànica en el qual es revisessin els tipus penals contra la llibertat sexual i on, concretament, es reformessin els tipus delictius d'abús sexual i es tipifiquessin penalment les conductes relacionades amb l'afavoriment del tràfic de material pornogràfic infantil. En segon lloc, la recomanació del Defensor del Poble de data 28 de novembre de 1996, amb les mateixes orientacions i que destacava la necessitat de reforçar les quotes de protecció dels menors d'edat dels abusos i l'explotació sexual. Finalment, en tercer lloc, en data 29 de novembre de 1996 el Consell de la Unió Europea va adoptar una acció comuna per la qual s'estableix un programa d'estímul i intercanvis destinat als responsables de l'acció contra el tràfic d'éssers humans i l'explotació sexual dels nens, entre altres considerants, per l'interès comú de reforçar la cooperació dins els àmbits de la justícia i els assumptes d'interior, per a millorar la comprensió recíproca dels sistemes jurídics dels Estats membres i reduir els obstacles a una cooperació més important entre si. En aquest sentit també cal destacar l'acció comuna de data 24 de febrer de 1997, adoptada pel Consell de la Unió Europea, que té com a objectiu l'establiment de normes comunes per a la lluita contra el tràfic d'éssers humans i l'explotació sexual dels nens, per tal de facilitar la lluita contra determinades formes d'immigració il·legal i millorar la cooperació judicial en matèria penal, i la Recomanació 1371 (1998), de 23 d'abril, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, sobre abús i abandó dels nens.

7. La STS de 23 d'abril de 1999 sosté que la regulació de 1995, malgrat «no contenir un tipus específic sota l'epígraf «corrupció de menors», a causa, possiblement, de les connotacions moralitzants del terme «corrupció» i la seva dificultosa adequació al principi de taxativitat, no significa que les conductes anteriorment subsumides en aquest tipus penal hagin estat despenalitzades, sinó que a través del CP de 1995 se sancionaran les conductes que involucren sexualment els menors i se subsumirà cada acció individualitzada en els tipus delictius d'agressió sexual, abusos, etc., que, en determinats casos, com aprecia la sentència d'instància en l'actual, resulten més severament sancionades que en la legislació anterior, apreciació que no qüestionen cap de les parts en aquest recurs de cassació». En aquesta sentència es considera més favorable al reu l'anterior CP, mentre que a la SAP de Sevilla de data 30 de gener de 1998 es va considerar més favorable el CP de 1995, totes dues en relació amb l'article 452 bis, b) del CP derogat.

8. Per a la consulta d'un estudi detallat i rigorós sobre el significat i l'abast de la reforma, *vid.* BEGUÉ LEZAÚN, J.J. *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. Ley orgànica 11/1999, de 30 de abril*. Barcelona: ed. Bosch, 1999. *Vid.* també: POLAINO-ORTS. «Los delitos sexuales según el Código Penal de

geix «la indemnitat sexual».⁹ Aquesta primera modificació afecta el bé jurídic protegit en els delictes regulats en el títol VIII. Així, mentre que el fonament de la protecció de la llibertat sexual té el seu origen en l'article 17 de la CE —«tots tenen dret a la llibertat i a la seguretat»—, amb la reforma s'amplia el bé jurídic al concepte d'indemnitat sexual, entenent com a tal la protecció dels valors i els drets reconeguts en l'article 10.1 CE, és a dir, «la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents i el lliure desenvolupament de la personalitat».

L'article segon de la LO 11/1999 modifica els capítols I-V del títol VIII del llibre II del CP i conté els canvis més substancials en matèria de protecció penal a les víctimes de delictes contra la llibertat i la indemnitat sexuals. En línies generals, es regulen nous tipus delictius, hi ha una millora tècnica en la definició de determinats tipus que ja hi havia al Codi de 1995, s'introdueixen alguns conceptes jurídics indeterminats —amb els problemes que això comporta— i, en alguns casos, la tècnica legislativa que s'utilitza quant a la remissió a altres tipus dona lloc a la necessitat d'interpretar l'abast i el significat de determinades circumstàncies agreujants. A continuació analitzarem les novetats més rellevants segons el tipus penal i l'estructura de la norma.

2.3.1 Les agressions sexuals

L'article 178 preveu el tipus bàsic del delictes d'agressió sexual, pràcticament amb la mateixa redacció que el CP de 1995. L'article 179 preveu el delictes de violació, quan l'agressió sexual consisteixi en l'accés carnal per via vaginal, anal o bucal, o en la introducció d'objectes per alguna de les dues primeres vies.¹⁰ Aquest precepte reintrodueix el terme *violació* per als casos més greus i modifica la fórmula que estableix en quins casos cal apreciar el tipus agreujat d'agressió sexual. Amb la millora tècnica en la redacció de l'accés carnal per les tres vies i la introducció d'objectes per via vaginal o anal es pot concloure la polèmica doctrinal suscitada entorn de si el bé jurídic *llibertat sexual* d'una persona es pot lesionar com a conseqüència de la introducció d'objectes a la boca. No obstant això, lamentablement no s'afe-

1995 (especial referència a la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril)». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67. Madrid: ed. Edersa, 1999. Aquest article va ser publicat immediatament després de la reforma i analitza d'una manera sintètica i amb gran claredat les novetats més rellevants de la LLei.

9. La protecció de la llibertat sexual com a únic bé jurídic protegit en els delictes sexuals va ser qüestionada per un important sector doctrinal, fins i tot des de la reforma de 1989, ja que considerava que la nova rúbrica del títol IX del Codi no subsumia tots els delictes que comprenia, perquè —i així ho han recollit entre altres la STS de 7 de desembre de 1989 i la STS de 8 de febrer de 1995— «la llibertat sexual exigeix voluntat conscient i responsable en el subjecte passiu del greuge i en els menors o els privats de raó o sentit aquesta condició és inexistente o deficient. Malgrat tot, no se'ls pot negar el dret a estar protegits en la seva intangibilitat i indemnitat sexual i a exigir seguretat per a la seva futura llibertat sexual (...)». Precisament la referència a la intangibilitat i a la indemnitat sexual en aquests tipus penals és la que es protegeix ara mitjançant l'expressió positiva d'aquest concepte.

10. Aquesta fórmula substitueix l'anterior regulació de les modalitats de conducta típica consistents en l'accés carnal, la introducció d'objectes o la penetració anal o bucal, i s'adopta també en relació amb l'abús sexual amb accés carnal i la introducció d'objectes de l'article 182, i amb l'abús sexual fraudulent de l'article 183.

geix, al costat de la introducció d'objectes, cap referència als òrgans, membres o parts del cos, de manera que la introducció dels dits¹¹ continuarà amb el mateix tractament jurídic i penal que la jurisprudència li ha atorgat fins al moment actual, i no es tindrà en compte a l'efecte d'apreciació dels tipus agreujats.

Les modalitats típiques que poden agreujar la pena del tipus d'agressió sexual i del tipus de violació s'han modificat bàsicament en tres aspectes.

En primer lloc, la circumstància agreujant de l'article 180.1.2, que consistia a cometre els fets tres o més persones actuant en grup, amb la nova regulació serà suficient l'actuació conjunta de dues o més persones, és a dir, que quan intervinguin dues persones en l'execució dels fets ja es podrà apreciar aquest tipus agreujat.

En segon lloc, a la circumstància de l'article 180.1.3, relativa a l'especial vulnerabilitat, per raó d'edat, malaltia o situació, s'afegeix que «en tot cas s'ha d'aplicar aquest agreujant quan la víctima sigui menor de tretze anys» i el legislador ha de deixar clar a partir de quina edat s'entén que el menor no té llibertat sexual i per això s'ha de protegir el seu dret a la indemnitat sexual i a la lliure formació de la personalitat.

Finalment, l'article 180.1.4, que recull la prevalença de relació de parentiu, introdueix com a agreujant que el responsable s'hagi prevalgut per a l'execució del delictes d'una relació de superioritat.¹²

2.3.2 Els abusos sexuals

Amb caràcter general, els delictes d'abusos sexuals han vist incrementada la comminació penal prevista per a aquests tipus en el CP de 1995. Així, per exemple, en el tipus bàsic d'abusos sexuals de l'article 181 la pena prevista fins a la nova regulació era de multa de dotze a vint-i-quatre mesos o presó de sis mesos a dos anys.¹³ La reforma de la Llei orgànica 11/1999 augmenta el mínim de la pena de multa de divuit a vint-i-quatre mesos o presó d'un a tres anys. El tipus d'abús sexual fraudulent de l'article 183 introdueix la pena privativa de llibertat d'un a dos anys i, alternativament, augmenta la pena de multa de dotze a vint-i-quatre mesos. El mateix tipus penal amb accés carnal incrementa l'anterior pena de presó de sis mesos a tres anys i la situa entre dos i sis anys.

11. Sobre la consideració que els dits no són objectes a l'efecte d'apreciar el tipus agreujat d'agressió o abús sexual, vegeu respectivament la STS de 14 de febrer de 1994 i la STS de 23 de març de 1999.

12. La previsió dels dos tipus de prevalença podria considerar-se reiterativa i innecessària tenint en compte la seva previsió com a circumstància agreujant genèrica en l'article 22.2, en el cas de la prevalença de superioritat, i com a circumstància mixta de parentiu en l'article 23, que a més té en compte el «cònjuge o la persona a qui es trobi lligat d'una manera estable per relació d'afectivitat anàloga».

13. Només es podia castigar amb pena privativa de llibertat el cas d'abusos sexuals comesos sobre menors de dotze anys, sobre persones privades de sentit o abusant del seu trastorn mental. En canvi, amb la reforma la comminació penal es redacta en el tipus bàsic, la qual cosa permetrà castigar amb pena privativa de llibertat tots els casos, atenent la gravetat dels fets i les circumstàncies concretes de cada cas.

La nova redacció dels delictes d'abusos sexuals suposarà la possibilitat de castigar aquelles conductes que, per la deficient regulació anterior, se sancionaven amb penes ridícules, es produïen incongruències quant a la seva interpretació o bé s'interpretaven d'una manera massa forçada.¹⁴

L'article 181.2 també ha estat modificat en relació amb la minoria d'edat a partir de la qual es consideren, en tot cas, com a abusos sexuals no consentits els que s'executen sobre menors de tretze anys.¹⁵ Es tracta d'una presumpció *iuris et de iuri* que considera que el menor no hi pot prestar el seu consentiment perquè no té capacitat per a fer-ho i que, en tot cas, des d'una perspectiva jurídica i penal es considera no vàlid.

L'article 181.3 fa referència a l'obtenció del consentiment mitjançant la prevalença d'una situació de superioritat¹⁶ manifesta que coarti la llibertat de la víctima, pràcticament en els mateixos termes que en la regulació anterior.

En l'article 181 s'introdueix un nou i polèmic apartat 4, que consisteix en un subtipus agreujat¹⁷ si concorre alguna de les circumstàncies següents:

- a) especial vulnerabilitat de la víctima, per raó d'edat, malaltia o situació, i, en tot cas, quan sigui menor de tretze anys;
- b) prevalença d'una relació de superioritat o parentiu amb la víctima.

L'anàlisi d'aquest quart apartat fa plantejar una sèrie de qüestions¹⁸ que s'assenyalen breument a continuació.

En primer lloc, la interpretació de l'article 181.2, en relació amb la remissió de l'article 181.4, permetria afirmar que hi ha vulneració del principi *non bis in idem*. A aquesta conclusió s'hi arriba per entendre que el factor *menor de tretze anys* es considera dues vegades. La primera, a l'efecte d'entendre que es consideren com a no consentits els abusos sexuals que s'executen sobre menors de tretze anys, i la segona, en apreciar l'agreujant d'especial vulnerabilitat per raó d'edat, malaltia o

14. *Vid.* per a totes, i també en relació amb el delicte de corrupció de menors, la STS de 16 de setembre de 1996, que va condemnar a una pena de multa de deu mesos per un delicte d'abús sexual del 181.3 del CP 95 un pare que en repetides ocasions «va acariciar i besar els pits i els genitals» de la seva filla de dotze anys, «i fins i tot alguna vegada va arribar a introduir-l'hi els dits».

15. En el CP de 1995 es consideraven en tot cas abusos sexuals no consentits els que es portaven a terme sobre menors de dotze anys.

16. La prevalença d'una relació de superioritat apareix per tal d'obtenir el consentiment de la víctima i exigeix el tipus que sigui manifesta i que faci en la víctima l'efecte subjectiu de sentir-se coartada. En aquests casos, malgrat que hi ha el consentiment de la víctima, es considera nul perquè coarta la lliure formació de la voluntat de la persona i s'obté amb abús d'una situació de superioritat. Sobre el concepte de relació o situació de superioritat vegeu la STS de 28 de maig de 1986.

17. L'article 181.4, que preveu la imposició de la pena en la seva meitat superior, remet a les circumstàncies 3 i 4, regulades en l'article 180.1.

18. Les diverses interpretacions i problemàtiques que es poden donar amb la inclusió de l'apartat quart de l'article 181, i en el mateix sentit en l'article 182.2, superen a l'excés les pretensions d'aquest comentari, per la qual cosa s'han d'assenyalar d'una manera molt esquemàtica i sintètica. En aquest sentit, *vid.* CASTELLÓ NICÁS, N. «El agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*». *Actualidad Penal*, núm. 37, 1999.

situació i, en tot cas, quan sigui menor de tretze anys. Des d'aquesta perspectiva, l'element edat es té en compte dues vegades,¹⁹ a l'efecte de determinar el tipus aplicable (primer el tipus bàsic i després el tipus agreujat) i d'acord amb els principis rectors d'un dret penal garantista, aquesta remissió s'ha de considerar inconstitucional per la vulneració del principi *non bis in idem*.²⁰

D'acord amb aquesta interpretació, la circumstància tercera de l'article 180.1, que estableix que «en tot cas, quan sigui menor de tretze anys», no pot apreciar-se en relació amb els abusos sexuals del 181, però això no impedeix la possible apreciació per part de qui jutja d'una vulnerabilitat especial per raó d'edat, malaltia o situació, si concorren els requisits que estableix la jurisprudència del Tribunal Suprem.

En segon lloc, en relació amb la remissió a la circumstància quarta de l'article 180.1, relativa a la prevalença d'una relació de superioritat o parentiu, cal assenyalar que hi ha diverses possibilitats en funció de la concurrència o no del consentiment, les quals s'apunten a continuació.

- a) En referència a la circumstància de *prevalença d'una relació de superioritat* en els abusos sexuals: per una banda, quan el consentiment de la víctima s'obté amb la prevalença d'una relació de superioritat s'ha d'aplicar la pena del tipus bàsic (181.1 i 3), perquè es considera que malgrat que la víctima té capacitat i maduresa per a consentir, el consentiment està viciat perquè s'ha obtingut amb abús de superioritat, sempre que, a més, aquesta situació de superioritat sigui manifesta i coarti la llibertat de la víctima. En canvi, quan no hi ha consentiment i la prevalença de la relació de superioritat sigui per a l'execució del delictes, s'ha d'aplicar el subtipus agreujat de l'article 181.4 (en relació amb el 180.1.4.).
- b) Pel que fa a la circumstància de *prevalença d'una relació de parentiu*: donarà lloc a l'agreujament de la pena quan l'abús sexual tingui lloc sense consentiment de la víctima i amb prevalença de la relació de parentiu (180.1.4). En canvi, si hi ha relació de parentiu i consentiment de la víctima

19. L'article 181.2, en recollir la presumpció de manca de consentiment en els menors de tretze anys, permet interpretar que l'observació d'aquesta circumstància impedeix l'apreciació del tipus agreujat per vulneració del principi *non bis in idem*. Des d'un punt de vista formal, és cert que l'edat es té en compte per a considerar la manca de consentiment *ex lege* i també per a l'apreciació de l'agreujant, i, en aquest sentit, es vulneraria el principi *non bis in idem*. Tanmateix, des d'un punt de vista material l'edat es té en compte per a determinar, d'una banda, a partir de quin element objectiu —criteri biològic— considerem que les persones no poden prestar el seu consentiment per a mantenir una relació sexual perquè no tenen la maduresa suficient per a fer-ho i el dret intervé perquè aquestes persones requereixen i mereixen protecció, i, de l'altra, per a castigar amb una pena més gran les conductes que, precisament, per recaure o executar-se sobre menors de tretze anys, comporten més desvaloració i la necessitat d'una comminació penal més elevada pel plus de rebuig social que comporten. Des d'aquest punt de vista, es tenen en compte factors o elements diferents que permetrien concebre que no hi ha vulneració del principi *non bis in idem*. D'aquesta manera, la interpretació teleològica de la llei permetria aproximar-se més a les exigències de justícia material i a l'abast dels objectius proposats pel legislador en l'exposició de motius.

20. Sobre la circumstància agreujant d'especial vulnerabilitat per raó d'edat i el principi *non bis in idem*, *vid.* la STS de 12 de febrer de 1998.

cal aplicar la penalitat del tipus bàsic i, en tot cas, agreujar la pena per apreciació de la circumstància mixta de parentiu de l'article 23.²¹

L'última modalitat d'abús sexual del capítol II del títol VIII és l'abús sexual fraudulent de l'article 183. El consentiment prestat en aquesta modalitat d'abús sexual té lloc com a conseqüència d'una maquinació fraudulenta o torta, de falsedat, etc. El marge d'edat que es protegeix és de catorze a quinze anys, mentre que l'anterior regulació protegia mitjançant aquesta figura el menor d'edat comprès entre els tretze i els quinze anys.²²

L'article 183.2 regula el tipus agreujat d'abús sexual fraudulent amb accés carnal i assenyala que la pena serà de presó de dos a sis anys. A continuació, en el mateix paràgraf estableix que la pena s'imposarà en la seva meitat superior si es donen les circumstàncies de l'article 180.1.3 i 4. Una interpretació sistemàtica i literal permet afirmar que l'agreujament ho és en relació amb el tipus agreujat. Tanmateix, la finalitat de la llei persegueix, amb caràcter general, una protecció més gran dels menors, que hauria estat més positiva si s'hagués redactat un tercer paràgraf amb l'agreujament respectiu de les penes que es descriuen en els apartats anteriors.

Quant a la remissió de la circumstància de l'article 180.1.3 (especial vulnerabilitat de la víctima, per raó d'edat, malaltia o situació i, en tot cas, quan sigui menor de tretze anys, cal assenyalar que l'incís final no es pot aplicar perquè, d'acord amb l'article 181.2, «es consideren abusos sexuals no consentits els que s'executen sobre menors de tretze anys» i, atenent la protecció dels menors que pretén la llei, si hi ha accés carnal en un abús sexual amb un menor de tretze anys s'ha d'aplicar el tipus penal de l'article 182 (que a més preveu una penalitat superior), perquè el consentiment del menor no té cap rellevància,²³ sinó que és una presumpció *iuris et de iure* i, a més, queda taxativament exclòs del tipus bàsic d'abús sexual fraudulent.²⁴

21. En la definició de la relació de parentiu de l'article 180.1.4 no s'inclou el cònjuge dins els llaços de parentiu entre l'autor i la víctima, motiu pel qual seria preferible haver omès aquesta referència i permetre l'apreciació de la circumstància mixta de parentiu genèrica de l'article 23, que en definitiva comportarà l'agreujament de la pena, amb consentiment o sense però quan hi hagi prevalença de relació de parentiu.

22. El delictes d'abús sexual fraudulent el comet qui «mitjançant l'engany comet abús sexual amb una persona major de tretze anys i menor de setze» (183.1). Tenint en compte que en tot cas hi ha abús sexual no consentit quan es tracta de menors de tretze anys (181.2) i abús sexual fraudulent amb majors de tretze anys, es pot concloure que els menors d'edat que tinguin tretze anys quedaran subjectes a una protecció inferior de la que es preveu en relació amb la resta de menors d'edat de fins a setze anys. Per això, sembla que el menor de tretze anys d'edat queda en una inexplicable zona grisa quant a la seva protecció, circumstància que, sens dubte, no respon a l'esperit i la finalitat de la llei, sinó que més aviat sembla una confusió del legislador.

23. En aquest sentit, el legislador no entra a valorar si el consentiment es presta per una circumstància o motivació o una altra, ni tampoc exigeix com a element subjectiu del que és injust l'engany, sinó que d'una manera automàtica el consentiment del menor de tretze anys és invàlid i s'ha d'aplicar el tipus bàsic en la seva modalitat agreujada d'acord amb l'article 181.4.

24. La remissió a les circumstàncies de l'article 180.1.3 i 4, com a tècnica legislativa utilitzada per a agreujar totes les modalitats d'abús sexual, no sembla gaire apropiada i genera una certa inseguretats jurídica, no només pels conceptes jurídics indeterminats que conté, sinó per la dificultat de comprensió que suposa, la necessitat d'interpretació tant sistemàtica com conceptual i la incongruència d'alguns dels supòsits.

El que s'ha comentat en analitzar el tipus penal de l'article 181.4 es pot fer extensiu a la circumstància agreujant de prevalença de relació de superioritat i de parentiu.

2.3.3 L'assetjament sexual

Malgrat que es tracta d'un delicte de nou encuny introduït pel legislador de 1995, el tipus penal d'assetjament sexual regulat en l'article 184 ha sofert una profunda modificació²⁵ amb la Llei orgànica 11/1999. En línies generals, s'estructura en un tipus bàsic que consisteix a sol·licitar favors de naturalesa sexual en l'àmbit d'una relació laboral, docent o de prestació de serveis, continuada o habitual, i que amb aquest comportament causi o provoqui en la víctima una situació objectiva i greument intimidatòria, hostil o humiliant (article 184.1); un tipus agreujat, en cas de concórrer prevalença o amenaça (article 184.2), i un tercer tipus que agreuja respectivament els anteriors, quan la víctima sigui especialment vulnerable, per raó d'edat, malaltia o situació (article 184.3).

Per una banda, la nova regulació del tipus bàsic enumera tres àmbits en els quals es pot produir la sol·licitud de favors sexuals i se suprimeix així l'ambigua redacció anterior que afegia a la situació de superioritat laboral i docent, l'«anàloga». Com a novetat més rellevant en la reforma d'aquest tipus penal destaca la possibilitat que l'assetjament sexual sigui entre iguals, és a dir, sense que hi hagi una relació de superioritat ni jeràrquica. D'altra banda, s'introdueixen els conceptes «continuada o habitual» com a condició de la relació en què s'emmarca la petició il·legítima. Des d'un punt de vista polític i criminal, aquests conceptes són de difícil comprensió i l'exigència de la seva concurrència per a l'apreciació del tipus bàsic requereix necessàriament la interpretació de la doctrina i de la jurisprudència per a evitar la inseguretat jurídica pròpia dels conceptes jurídics indeterminats. Finalment, s'observa la inclusió d'una circumstància d'una important dificultat probatòria, a saber, que el comportament típic causi en la víctima una situació que ha de ser objectiva i greument intimidatòria, hostil o humiliant.²⁶ Es podria qüestionar la congruència de la redacció, en la mesura en què mentre que la situació ha de ser objectiva, el seu resultat ha de ser subjectiu i manifestar-se mitjançant qualsevol de les tres formes enunciades (intimidatòria, hostil o humiliant), la qual, per si fos poc, ha de ser greu. L'existència de la situació objectiva i

25. SÁNCHEZ, E.; LARRAURI, E. *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*; València, ed. Tirant lo Blanch, 2000. *Vid.* POLAINO-ORTS. «Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (especial referència a la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril)». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, ed. Edersa, 1999, pàg. 143 a 207. Sobre la nova configuració jurídica del delicte d'assetjament sexual, aquest autor considera que potser s'ha insistit massa en la regulació d'aquesta figura i afirma que el tipus bàsic «introdueix una sèrie d'elements o requisits típics nous, que amplien fins a límits desproporcionats el mateix àmbit del delicte». *Op. cit.* pàg. 197.

26. Sobre aquest requisit *ex novo*, POLAINO-ORTS sosté que «reduïx l'àmbit del tipus, perquè deixa fora aquells casos en què es produeix una sol·licitud de favors sexuals però no es produeix aquesta situació, cosa que sembla contradir la supressió en aquest tipus bàsic de la prevalença de la relació de superioritat». *Op. cit.* pàg. 198.

l'apreciació de la gravetat dels efectes o les circumstàncies esmentades han de ser valorades per qui jutja.

La configuració penal del delictes d'assetjament sexual en la redacció anterior exigia en el tipus bàsic la prevalença d'una situació de superioritat i l'anunci exprés o tàcit de causar a la víctima un mal, circumstàncies que ara suposaran l'agreujament del tipus bàsic quan es produeixin en el marc de la relació laboral, docent o jeràrquica, tal com estableix l'apartat segon de l'article 184. Cal assenyalar, a més, que aquestes circumstàncies es converteixen en alternatives amb la nova regulació, és a dir, per què es doni la conducta típica serà suficient que concorri la prevalença de la situació o l'anunci que s'ha causat un mal, sense que calgui que es donin totes dues, com succeïa amb la regulació anterior.

En l'article 184.3 s'introdueix un tipus agreujat de segon grau en relació amb els dos apartats anteriors, atenent l'especial vulnerabilitat de la víctima per raó d'edat, malaltia o situació.

2.3.4 Els delictes d'exhibicionisme i provocació sexual

La modificació introduïda en el capítol IV dels delictes d'exhibicionisme i provocació sexual en els articles 185 i 186 afecta únicament la comminació penal, en incrementar les antigues penes pecuniàries de tres a deu mesos a les actuals de sis a dotze mesos, i introdueix, a més, la possibilitat de castigar aquestes condutes mitjançant pena de presó de sis mesos a un any.

2.3.5 Els delictes relatius a la prostitució i la corrupció de menors

El capítol V del CP comprèn els articles 187-190 i les novetats que introdueix la reforma són nombroses, tot i que aquí només s'assenyalen d'una manera general. La primera qüestió de caràcter formal que cal destacar en aquest apartat és la reintroducció de la terminologia *corrupció de menors*²⁷ en el *nomen iuris* de la rúbrica del capítol V (abandonada pel legislador de 1995) i que, segons l'exposició de motius de la llei, es produeix com a conseqüència de «considerar insuficients les normes relatives a la prostitució, i es defineixen autènticament tots dos conceptes».

El tipus penal bàsic de l'article 187, relatiu a la prostitució, s'ha modificat bàsicament amb la introducció *ex novo* d'un apartat tercer, que preveu la imposició de

27. L'entrada en vigor del CP de 1995, en ometre la terminologia *corrupció de menors*, va forçar l'aplicació d'uns altres tipus penals. Així, per exemple, cal esmentar la STS de 28 de gener de 1997, que recull en el seu tercer fonament de dret que «si els fets jutjats no constitueixen corrupció de menors des d'aquesta perspectiva de la retroactivitat de la llei penal més favorable, aquests fets encaixen en el delictes d'abusos sexuals de l'article 181.3, tenint en compte l'obtenció del consentiment dels menors amb prevalença de la situació de superioritat manifesta i coartadora de la llibertat de les víctimes». Des d'una perspectiva tècnica i legislativa, cal assenyalar que malgrat haver desaparegut el *nomen iuris* de la corrupció de menors, algunes lleis aprovades amb posterioritat al CP de 1995 seguien fent referència a aquest concepte. És el cas, per exemple, de la Llei orgànica 5/1999, de 13 de gener, reguladora de l'entrega vigilada i l'agent encobert.

les penes superiors en grau a les previstes en els apartats anteriors quan «el culpable pertanyi a una organització o associació, fins i tot de caràcter transitori, que es dedica a portar a terme aquestes activitats».²⁸ Les activitats de referència són les que es descriuen en el tipus bàsic del 187.1 i el tipus agreujat del 187.2, que consisteixen a «induir, promoure, afavorir o facilitar la prostitució d'una persona menor d'edat o incapaç», així com les dels que portin a terme aquests fets «prevalent-se del seu caràcter públic». Aquest apartat s'introdueix per tal de castigar més greument, a causa de la desvaloració més elevada que suposa cometre aquests delictes a l'empara de la infraestructura d'una organització o associació amb aquestes finalitats, la qual, generalment, dificulta la investigació criminal i la determinació del grau de participació dels seus membres en l'activitat delictiva.²⁹

El delicte de determinar una persona major d'edat a exercir la prostitució o a mantenir-s'hi (188.1) ha sofert algunes modificacions quant als elements del tipus, perquè s'han ampliat les modalitats de comissió del delicte. Així, abans es requeria que es determinés «coactivament, mitjançant l'engany o abusant d'una situació de necessitat o superioritat», i la reforma estableix «fent ús de la violència, la intimidació o l'engany, o abusant d'una situació de superioritat, necessitat o vulnerabilitat de la víctima».

L'article 188.2 introdueix un tipus penal *ex novo*, el delicte de tràfic de persones amb finalitats sexuals, que consisteix a afavorir directament o indirecta «l'entrada, l'estada o la sortida del territori nacional de persones, amb el propòsit d'explotar-les sexualment, utilitzant la violència, la intimidació o l'engany, o abusant d'una situació de superioritat, de necessitat o vulnerabilitat de la víctima».³⁰ A l'acció d'afavorir (l'entrada, etc.) s'afegeix l'exigència de la concurrència d'un element subjectiu del que és injust, que consisteix en el propòsit o el fi d'exploració sexual de les persones objecte de tràfic. Per a dur a terme aquesta acció, es descriuen amb la finalitat esmentada tota una sèrie de modalitats de comissió del delicte (violència, intimidació, etc.).

L'anterior article 188.2 regulava la pena d'inhabilitació absoluta si l'autor del tipus bàsic de l'article 188.1 es prevalia del seu caràcter públic. Aquest tipus agreujat es regula amb la reforma en l'article 188.3, el qual, a més de referir-se a les conductes que es descriuen en els dos apartats anteriors, introdueix l'agreujament de la pena en la seva meitat superior.

Si les conductes anteriors es porten a terme sobre menors d'edat o incapaços, tant si és perquè iniciïn com perquè mantinguin una situació de prostitució, la pena a imposar és la superior en grau en funció de l'apartat al qual correspongui (188.4).

28. L'existència de xarxes nacionals i internacionals que es dediquen al tràfic d'éssers humans amb finalitats d'exploració sexual ha generat la necessitat d'intervenció del dret penal per a protegir més els menors d'edat i els incapaços.

29. Segons l'exposició de motius, els Estats membres de la Unió Europea es van comprometre a «revisar la seva legislació nacional vigent relativa, entre altres aspectes, a l'exploració sexual i als abusos sexuals comesos amb nens, i al tràfic de nens amb finalitats d'exploració o abús sexual».

30. Malgrat la bona intencionalitat del precepte, la indeterminació del concepte «afavorir directament o indirecta» requerirà una laboriosa interpretació per part de la doctrina i la jurisprudència. D'altra banda, l'activitat probatòria en aquest delicte també resultarà complexa.

Mitjançant l'article 188.5 s'introdueix un apartat nou de caràcter concursal, en el qual s'estableix que les penes dels apartats anteriors s'imposaran sens perjudici de les que corresponguin per les agressions o els abusos sexuals comesos sobre la persona prostituïda, és a dir, que si concorren totes dues figures delictives s'haurà d'acudir al concurs real de delictes.

Finalment, es modifica substancialment l'article 189, que queda configurat de la manera que exposo tot seguit.

L'apartat primer estableix dos supòsits en què la pena serà d'un a tres anys de presó.

- 352
- a) En primer lloc, quan es facin servir menors d'edat o incapaços amb finalitats exhibicionistes o pornogràfiques, o en espectacles d'aquestes característiques, tant públics com privats, o per a elaborar qualsevol mena de material pornogràfic o finançar qualsevol d'aquestes activitats.
 - b) En segon lloc, per a qui produeixi, vengui, distribueixi, exhibeixi o faciliti la producció, la venda, la difusió o l'exhibició, per qualsevol mitjà, de material pornogràfic en l'elaboració del qual s'hagin utilitzat menors d'edat o incapaços, encara que el material tingui el seu origen a l'estranger o sigui desconegut.

En el primer supòsit s'introdueixen dues noves conductes típiques (elaborar i finançar), mentre que el segon és totalment de nou encuny i estableix una llista de conductes típiques vinculades al procés de producció i difusió de material pornogràfic, independentment del seu origen o procedència. La diferència fonamental entre l'un i l'altre consisteix en el fet que en el primer apartat el material pornogràfic està en fase de producció, realització, etc., mentre que en el segon ja està elaborat. Al final de l'article 189.1 s'introdueix un paràgraf que regula un tipus penal privilegiat: el delictes de tinença de material pornogràfic per a portar a terme qualsevol de les conductes indicades anteriorment.³¹

L'article 189.2 crea un tipus penal qualificat consistent en la imposició de la pena superior en grau, quan el culpable pertany a una organització o associació, fins i tot de caràcter transitori, que es dedica a la realització de les activitats assenyalades en l'article anterior.

L'article 189.3 torna a introduir en el CP el delictes de corrupció de menors.³² El mateix precepte estableix una definició del concepte *corrupció de menors o incapaços*, que consisteix a fer participar el menor o l'incapaç en un comportament de naturalesa sexual que perjudiqui l'evolució o el desenvolupament de la seva per-

31. La tinença de material pornogràfic per a l'autoconsum és impune, tot i considerar que en podria afavorir la producció. A vegades també te una dificultat notòria determinar l'edat de la persona que apareix en el material pornogràfic, si per a elaborar-lo s'han utilitzat menors d'edat o incapaços o bé si es tracta de manipulacions mitjançant tècniques o sistemes informàtics que donen una aparença tan real a les imatges que és impossible no caure en l'error o la convicció que es tracta d'un menor.

32. TORRES FERNÁNDEZ, M.E. «El nuevo delito de corrupción de menores». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12 (1999), <http://criminet.ugr.es/recpc/>.

sonalitat. Aquesta figura delictiva porta a plantejar-se una sèrie de qüestions, com l'ambigüïtat del concepte *fer participar*, que dificulta seriosament la comprensió sobre quin ha de ser l'abast que pretén el legislador d'aquest tipus penal, quins són els comportaments que poden perjudicar l'evolució o el desenvolupament de la personalitat del menor, d'acord amb quins criteris s'han de determinar i com es distingeixen o quina és la delimitació amb els altres tipus delictius contra la llibertat i la indemnitat sexuals, i, evidentment, les qüestions concursals que sorgeixen pel que fa a aquesta qüestió.

2.4 La prescripció en els delictes contra la llibertat sexual

A l'actual regulació de l'article 132.1 del CP sobre la prescripció s'afegeix un apartat que estableix que quan la víctima sigui menor d'edat el termini de prescripció per a determinats delictes, entre els quals s'inclouen els delictes contra la llibertat sexual,³³ començarà a computar des del dia en què l'afectat hagi assolit la majoria d'edat.

D'aquesta manera s'amplia el termini de persecució dels delictes contra la llibertat sexual quan la víctima sigui un menor d'edat i s'inicia el còmput del termini de prescripció a partir del moment en què el menor abasta la majoria d'edat. En cas que la víctima mori abans de la majoria d'edat, el termini de prescripció es computarà a partir de la data de la defunció.

2.5 Prohibició d'acostar-se a la víctima o de comunicar-se amb ella o amb la seva família

Els articles 4, 5 i 6 de la LO 11/1999 tenen per objectiu la mateixa modificació en diferents preceptes del CP i introdueixen com a mesura cautelar i de seguretat la prohibició que el reu s'acosti a la víctima o que es comuniqui amb ella o amb la seva família.³⁴ Així, els articles del CP als quals s'afegeix aquesta mesura són els següents: 57, 83.1, 105.1 i 617 *in fine*.

Finalment, la Llei orgànica 11/1999 modifica l'apartat 2 de l'article 617 del CP en el mateix sentit que els anteriors, és a dir, que a la manca de maltractaments d'obra de l'article 617 s'afegeix la possibilitat que els jutges o tribunals acordin, quan la víctima ho sol·liciti, la prohibició que el reu s'acosti o es comuniqui amb la víctima o amb la seva família, que torni al lloc en què va cometre la falta o que acudeixi on resideixen la víctima i la seva família, si fossin llocs diferents.

33. Potser hauria estat tècnicament més correcte esmentar els delictes «contra la llibertat i la indemnitat sexuals», d'acord amb l'enunciat del títol VIII del llibre II, així com amb la finalitat protectora de la reforma, que va més enllà de la protecció de la lliure formació de la voluntat i protegeix el desenvolupament lliure de la personalitat dels menors d'edat.

34. Aquests articles s'han tornat a modificar mitjançant la LO 14/1999, amb la finalitat d'ampliar les persones que poden ser protegides mitjançant aquestes prohibicions.

2.6 Modificació de la Llei orgànica del poder judicial

En la disposició final única de la Llei es modifica el contingut de dos apartats de l'article 23 de la LO 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial, en relació amb les regles sobre la competència extraterritorial, i es fa extensiva als delictes de corrupció de menors o incapaços la competència de la jurisdicció espanyola per a conèixer dels fets comesos per espanyols o estrangers fora del territori nacional, entenent que se'ls ha d'aplicar el principi d'universalitat, en considerar-los assimilables a la categoria internacional de delictes d'explotació d'éssers humans.

354

3. LLEI ORGÀNICA 14/1999, DE 9 DE JUNY, DE MODIFICACIÓ DEL CODI PENAL DE 1995 EN MATÈRIA DE PROTECCIÓ A LES VÍCTIMES DE MALTRACTAMENTS I DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CRIMINAL

Seguint el criteri sistemàtic anunciat anteriorment, a continuació tractarem l'anàlisi de la Llei orgànica 14/1999, de 9 de juny, de modificació del Codi penal de 1995 en matèria de protecció a les víctimes de maltractaments i de la Llei d'enjudiciament criminal.

3.1 Estructura de la Llei

La Llei orgànica 14/1999 té una estructura que consta d'una exposició de motius, dos capítols, tres articles i una disposició final única. El capítol I conté dos articles que introdueixen les modificacions al CP: l'article primer modifica set preceptes³⁵ del llibre I del CP, relatius a la part general, i l'article segon modifica tres preceptes³⁶ del llibre II del CP, relatius a la part especial. El capítol II es compon d'un únic article que modifica deu preceptes³⁷ de la Llei d'enjudiciament criminal. A l'últim, la disposició final única estableix que aquesta Llei entrarà en vigor el mateix dia que es publiqui.

3.2 Fonament de la reforma

En l'exposició de motius el legislador assenyala que en el Pla d'acció contra la violència domèstica, aprovat per acord del Consell de Ministres de 30 d'abril de 1998, s'inclouen una sèrie d'accions legislatives, que consistien en la modificació del CP i de la Llei d'enjudiciament criminal, «per a assolir l'eradicació de les con-

35. Els articles del CP que es corresponen amb la part general i que han estat modificats mitjançant la LO 14/1999 són els següents: 33, 39, 48, 57, 83, 105 i 132.

36. Els articles del CP que es corresponen amb la part especial i que s'han modificat mitjançant la LO 14/1999 són els següents: 153, 617 i 620.

37. Els articles de la Llei d'enjudiciament criminal que s'han modificat amb la reforma introduïda per la LO 14/1999 són els següents: 13, 14, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 i 713.

ductes delictives consistents en maltractaments, a més d'atorgar més i millor protecció a les víctimes de conductes tan deplorables».

El legislador destaca quatre modificacions del CP en l'exposició de motius: «La inclusió com a pena accessòria en determinats delictes de la prohibició d'acostar-se a la víctima, la tipificació com a delicte específic de la violència psíquica exercida amb caràcter habitual sobre les persones properes i el fet de possibilitar l'exercici d'ofici de l'acció penal en els casos de faltes, al mateix temps que s'adequa la imposició de la sanció penal a les possibles conseqüències sobre la pròpia víctima».

Quant a les modificacions de la Llei d'enjudiciament criminal, el legislador indica que «persegueixen l'objectiu de facilitar la protecció immediata de la víctima en els delictes de referència, mitjançant la introducció d'una nova mesura cautelar que permeti el distanciament físic entre l'agressor i la víctima, mesura que es podrà acordar entre les primeres diligències (...)», i així, per exemple, es modifica l'article 104 per a «permetre la persecució d'ofici de les faltes de maltractaments, al mateix temps que s'elimina l'obsoleta referència que conté aquest precepte a la desobediència de les dones respecte als seus marits o dels fills respecte als seus pares».

3.3 Modificacions al Codi penal

3.3.1 Modificacions que afecten la part general del Codi penal

En l'article 33 del CP, relatiu a la classificació de les penes, la LO 14/1999 introdueix com a penes greus i menys greus «la prohibició d'acostar-se a la víctima, als seus familiars o a altres persones que determini el jutge o tribunal, i de comunicar-s'hi». S'introdueix una pena lleu, que consisteix en el mateix contingut que les anteriors, i s'afegeix la privació del dret a residir en determinats llocs o d'acudir-hi. Aquesta pena ja existia com a greu i com a menys greu.

Es pot dir que, amb caràcter general, el legislador ha afegit a la pena i la mesura privativa del dret a residir o a acudir a determinats llocs la prohibició d'acostar-se a la víctima i a la seva família, i de comunicar-s'hi. És el que passa amb la modificació dels articles 33, 39, 83 i 105.

La prohibició d'acostar-se a la víctima, a la seva família o a qui determini el jutge és una privació de drets que impedeix al condemnat acostar-s'hi, independentment del lloc on es trobin, així com acostar-se als seus domicilis, als llocs de feina i a qualsevol altre indret que freqüentment³⁸ (article 48, paràgraf segon).

La prohibició de comunicar-se amb la víctima, els familiars o les persones que determini el jutge o tribunal també és una privació de drets que impedeix al condemnat establir-hi contacte escrit, verbal o visual per qualsevol mitjà de comunicació o mitjà informàtic o telemàtic³⁹ (article 48, paràgraf tercer).

L'article 57 també es modifica amb la LO 14/1999 i, a més d'introduir aquestes

38. La protecció d'aquesta pena s'estén més enllà de la mateixa víctima i la seva família, i arriba a donar cobertura a les persones que el jutge o tribunal determina en funció de la causa.

39. Amb aquesta definició el legislador ha pretès donar cobertura a totes les formes possibles de comunicació, tot i que potser hauria estat més convenient establir una clàusula més genèrica, perquè,

dues noves prohibicions com a penes accessòries a determinats delictes, estableix que la seva imposició podrà ser d'una o diverses alhora, i les fa extensives a les infraccions penals constitutives de faltes dels articles 617 i 620 del CP.

La LO 14/1999 també modifica l'article 132.1 relatiu a la prescripció. Aquest cop, s'afegeix un nou incís amb el text següent: «En la temptativa d'homicidi i en els delictes d'avortament no consentit, de lesions, contra la llibertat, de tortures i contra la integritat moral, la llibertat i la indemnitat sexuals, la intimitat, el dret a la pròpia imatge i la inviolabilitat del domicili, quan la víctima sigui menor d'edat els termes s'han de computar des del dia en què assoleixi la majoria d'edat, i si morís abans d'assolir-la, a partir de la data de la defunció».

Respecte a la regulació anterior,⁴⁰ se suprimeix la referència als delictes de maltractaments, s'afegeixen els delictes contra la llibertat i la indemnitat sexuals i s'introdueixen el dret a la pròpia imatge i la inviolabilitat del domicili.

3.3.2 Modificacions que afecten la part especial del Codi penal

Les principals modificacions en relació amb el tipus penal de maltractaments en l'àmbit familiar són tres: la introducció de la violència psíquica com a forma de maltractament, l'ampliació de les persones que poden ser víctimes d'aquest delictes i la introducció d'una definició del concepte d'*habitualitat*.⁴¹

No obstant això, el CP no ofereix una definició de què s'ha d'entendre per violència psíquica, sinó que deixa oberta la possibilitat de sancionar conductes que fins ara es castigaven mitjançant altres tipus penals (vexacions, tractes inhumans, etc.).

L'article 153 pateix una altra modificació interessant, que consisteix en la introducció d'un segon apartat que conté una definició del concepte *habitualitat*, a l'efecte d'apreciar aquest element essencial del tipus. Tanmateix, a més d'imprecisa i confusa la definició és, lamentablement, desafortunada⁴² i els requisits que estableix, *strictu sensu*, converteixen el precepte pràcticament en inaplicable. Certament, no hi ha cap dubte de les diferències entre l'*habitualitat* i la *reincidència*,⁴³ tal com es desprèn de la redacció en assenyalar que «s'apreciarà l'*habitualitat* amb independència que els actes violents hagin estat o no objecte d'enjudiciament en processos anteriors».

Quant a la redacció dels subjectes passius, en establir la reforma «sobre qui

per exemple, una interpretació literal ens porta a entendre que dins de les formes de comunicació no es prohibeix el contacte auditiu (música, gravació de sons, etc.), perquè el que es prohibeix per qualsevol mitjà és el contacte escrit, verbal o visual.

40. La LO 11/1999 modifica aquest precepte.

41. Sobre la interpretació dels conceptes *violència física i psíquica* i, especialment, del concepte *habitualitat* en les conductes violentes, *vid.* la Circular de la Fiscalia General de l'Estat número 1/1998, de data 24 d'octubre de 1998.

42. La referència al fet que «s'atindrà el nombre d'actes de violència que resultin acreditats» no només és ambigua i indeterminada, sinó que comprèn la dificultat probatòria, especialment quan no s'han pres cap tipus de «mesures acreditatives» en el moment de patir l'agressió, com si tot el procés en si no fos prou dolorós i, en la majoria dels casos, humiliant.

43. TAMARIT SUMALA, J.M. «La reforma penal en matèria de protecció de les víctimes de maltractaments». *La Llei*, núm. 262, 5 de juliol de 1999, ed. La Ley Actualidad, SA.

sigui o hagi estat el seu cònjuge, o sobre una persona que hi estigui o hi hagi estat lligada d'una manera estable per una relació d'afectivitat anàloga (...)), és possible aplicar aquest tipus penal sense exigir el requisit de la convivència entre la víctima i l'autor.⁴⁴

El segon paràgraf de l'article 617.2 es modifica en el sentit de remetre a l'article 153 a l'efecte de considerar les persones que poden ser subjectes passius de la falta de maltractaments, cas en què s'aplicaria la pena agreujada. Tanmateix, de la interpretació sistemàtica del precepte resulta que a l'efecte d'un «maltractament d'obra» es tindrà en consideració la relació de parentiu i, encara més, sense que sigui necessària la convivència. En canvi, davant una «agressió o lesió» que no sigui delictes d'acord amb el CP el legislador no estableix res.

L'article 617.2 també introdueix que qui jutja haurà de tenir en compte «la possible repercussió econòmica que la pena imposada pugui tenir sobre la pròpia víctima o sobre el conjunt dels integrants de la unitat familiar». Aquesta mateixa consideració s'introdueix en l'últim paràgraf de l'article 620.

3.3.3 Modificacions de la Llei d'enjudiciament criminal

Es fa una redacció diferent de l'article 13 d'aquesta Llei, que en relació amb els articles 109 i 544 bis introdueix la possibilitat d'adoptar des de les primeres diligències les mesures cautelars en els casos de l'article 57 del CP, que en definitiva pretenen l'assegurament del delinqüent, la protecció de les víctimes de delictes de maltractaments en l'àmbit familiar i el distanciament entre l'agressor i la víctima, mitjançant la imposició cautelar de la prohibició de residir en determinats llocs o d'acudir-hi.

D'acord amb el contingut de l'article 14, el jutge de pau ha de conèixer, entre d'altres, les faltes de l'article 620, llevat quan el subjecte passiu sigui alguna de les persones de l'article 153.

D'una banda, l'article 103 permet exercir accions penals entre parents, quan s'hagi comès un delictes o falta, de l'un contra l'altre. De l'altra, l'article 104 permet la persecució d'ofici de les faltes de maltractaments i se suprimeix la referència obsoleta següent: «En desobediència o maltractaments dels uns envers els altres, en faltes de respecte i submissió dels fills respecte als seus pares (...)». D'aquesta manera s'amplia la possibilitat de perseguir aquest tipus de conductes.

Els articles 109, 448, 455.2, 707 i 713 fan referència a qüestions de caràcter processal i és especialment destacable que quan el testimoni sigui menor d'edat s'intentarà evitar la seva confrontació visual amb l'inculpat, per la qual cosa es podrà utilitzar qualsevol mitjà tècnic o audiovisual que permeti la pràctica de la prova. En el mateix sentit, no es faran acaraments amb testimonis que siguin menors d'edat,

44. La protecció a les víctimes de maltractaments s'intensifica mitjançant l'ampliació que es fa en aquest precepte. Tanmateix, és una llàstima que el legislador no hagi pensat a introduir aquesta modificació en l'article 23, relatiu a la circumstància mixta de parentiu de la part general, perquè potser hauria estat el més indicat per a obtenir més protecció en tots els delictes contra les persones que es cometin entre parents.

llevat que el jutge ho consideri imprescindible i no lesiu per a l'interès d'aquests testimonis, i sempre amb l'informe pericial previ. Amb aquestes mesures es pretén proporcionar una protecció especial quan el testimoni sigui un menor d'edat.

BIBLIOGRAFIA

1. Sobre la reforma dels delictes sexuals

- BEGUÉ LEZAÚN, J.J. *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril*. Barcelona: ed. Bosch, 1999.
- BOIX REIG; ORTS BERENQUER. «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley orgánica 11/1999». *Actualidad Penal*, núm. 35, 1999.
- CASTELLÓ NICÁS, N. «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 i 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*». *Actualidad Penal*, núm. 37, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. «El delito de abuso sexual después de la reforma de 1999». *Curso de formación Ministerio Fiscal*. Centro de Estudios Judiciales, juny de 2000.
- POLAINO-ORTS. «Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995 (especial referencia a la Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril)». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67. Madrid: ed. Edersa, 1999.
- SÁNCHEZ, E.; LARRAURI, E. *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*. València: ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J. «La victimización infantil: menores víctimas de agresión sexual y sistema judicial». *Actualidad Penal*, núm. 14, 2000.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. *La protección penal del menor ante el abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Elcano: ed. Aranzadi, 2000 (Monografías; *Revista de Derecho y Proceso Penal*).
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E. «El nuevo delito de corrupción de menores». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12, 1999. <<http://criminet.ugr.es/recpc/>>
- VICENTE MARTÍNEZ, R. «La represión de la agresión, el abuso y el acoso sexual después de la reforma de 1999». *Actualidad Penal*, núm. 42, 1999.

2. Sobre la reforma en matèria de protecció a les víctimes de maltractaments

- ABRIL GONZÁLEZ, C.; BARRIS CURBELO, M.B.; GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A. *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial. LO 14/1999: protección de las víctimas de malos tratos*. Coord.: MARTÍN ESPINO, J.D. Madrid: ed. Colex, 1999.
- BOSCH FIOL, E; FERRER PÉREZ, V.A. *Assetjament sexual i violència de gènere*. Ciutat de Palma: ed. Documenta Balear, 2000.

- CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de malos tratos familiares: nueva regulación*. Madrid: ed. Marcial Pons, 2000.
- GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J.F.; FRIGOLA VALLINA, J. *La violencia doméstica: regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Barcelona: ed. Bosch, 1999.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.; CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. LO 14/1999, de 9 de junio, problemas fundamentales*. València: ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- LÓPEZ ARMINIO, M.J. *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*. V Seminario de Estudios Jurídicos y Criminológicos. Cádiz, 2000.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C.; VALMAÑA OCHAÍTA, S. [coord.] *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*. Conca: ed. Universitat de Castella-la Manxa, 2000.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. «La reforma penal en matèria de protecció de les víctimes de maltractaments». *La Llei*, núm. 262, 5 de juliol de 1999. ed. La Ley Actualidad, SA.