VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal

Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales

TESIS DOCTORAL

LA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS DE AGRESIÓN Y ACOSO SEXUALES: ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LOS FEMINISMOS ANTIPUNITIVISTAS

Presentada por:

Andrea María García Ortiz

Dirigida por:

Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu

Dra. Lucía Martínez Garay

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Valencia, marzo 2025

La presente tesis doctoral ha sido posible gracias a la financiación de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital, que me ha permitido disfrutar de un contrato predoctoral dentro del programa de ayudas para la contratación de personal investigador en formación (DOGV núm. 8919 de 05/10/2020). Estas ayudas se enmarcan dentro del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunidad Valenciana.

En el transcurso del doctorado, he tenido la oportunidad de hacer dos estancias de investigación en el extranjero, de un total de 6 meses, que también han recibido la financiación de la Conselleria. La primera la realicé en Italia, en la Universidad de la Sapieza (Roma), bajo la supervisión del Profesor Massimo Donini, y la segunda fue en Argentina, en la Universidad de Buenos Aires (UBA), y mi tutor en esta ocasión fue el Profesor Javier De Luca. Ambas estancias han sido muy enriquecedoras para mi investigación, y estoy muy agradecida por el abrigo que he recibido en ambos países.

Esta tesis forma parte del Proyecto de I+D+i “La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución" (PID2021-123441NB-I00), financiado/a por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

ÍNDICE

AGRACEDIMIENTOS..... 9
ABREVIATURAS 11
SINTESI 13
INTRODUCCIÓN..... 58

CAPÍTULO PRIMERO. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PERSEGUIR LA VIOLENCIA SEXUAL..... 64
I. INTRODUCCIÓN..... 64
II. LA VIOLENCIA SEXUAL: UNA FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES..... 64
III. EL DEBER DE PERSEGUIR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH 74
1. Las obligaciones de tutela penal: cuestiones generales..... 74
2. Las obligaciones de tutela penal en materia de violencia contra las mujeres. 83
3. La obligación de que el proceso no dependa de la denuncia de las víctimas. 90
IV. LA EXCLUSIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD PRIVADA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL..... 100
1. Naciones Unidas: “cuando las mujeres nos hicimos humanas” 100
2. El Consejo de Europa: la reapertura de un viejo debate tras el Convenio de Estambul..... 106
3. Unión Europea: especial referencia a la nueva Directiva en materia de violencia contra las mujeres 110
V. LAS RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LA PERSECUCIÓN DE OFICIO: EL CASO ARGENTINO.....115
1. Introducción.....115
2. La acción pública dependiente de la instancia privada.....116

3. La Convención Belém do Pará como fundamento de la persecución pública en los delitos de lesiones leves 124

4. Los delitos contra la integridad sexual como un problema privado 127

VI. CONCLUSIONES 129

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS EXCEPCIONES A LA PERSECUCIÓN DE OFICIO EN EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL 133

I. INTRODUCCIÓN 133

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD 134

III. LOS DELITOS NO PERSEGUIBLES DE OFICIO: UNA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL 151

1. El principio de legalidad procesal 151

2. Clasificación de los delitos según la perseguibilidad y el perdón 155

3. Excepciones en materia de violencia de género y doméstica 161

IV. LAS DISPENSAS DE LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR Y DE DECLARAR 167

V. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS 173

1. Las reformas del artículo 105 LECrim: la importancia de las diligencias a prevención 173

2. El principio de oportunidad: los intereses de la víctima como intereses públicos relevantes 177

3. El Ministerio Fiscal ante la violencia contra las mujeres: hacia un modelo de justicia restaurativa 184

VI. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS INDIRECTAS Y LA ACUSACIÓN POPULAR 192

1. Las víctimas indirectas: ¿una laguna legal? 192

2. La acusación popular: especial referencia a su papel en la lucha contra la violencia contra las mujeres 196

VII. CONCLUSIONES 200

CAPÍTULO TERCERO. LA PERSECUCIÓN A INSTANCIA DE PARTE EN LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD 204

I. INTRODUCCIÓN 204

II. CÓDIGO PENAL DE 1822: UN REFLEJO DE LA SOCIEDAD DE LA ÉPOCA 205

III. CÓDIGO PENAL DE 1848: AVANCES Y CONTINUIDADES 212

IV. CÓDIGO PENAL DE 1850: HACIA UN RÉGIMEN SEMIPÚBLICO 219

V. CÓDIGO PENAL DE 1870: UNA REFORMA POLÍTICA CON POCOS CAMBIOS SUSTANCIALES 225

VI. CÓDIGO PENAL DE 1928: UN GIRO TOTALITARIO Y UNA REGULACIÓN PECULIAR DE LOS DELITOS SEXUALES 230

VII. CÓDIGO PENAL DE 1932: LA ADAPTACIÓN REPUBLICANA Y LA DESPENALIZACIÓN DEL ADULTERIO 237

VIII. CÓDIGO PENAL DE 1944: EL RETROCESO FRANQUISTA Y LA AMPLIACIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD PREVIA DENUNCIA 239

IX. CÓDIGO PENAL DE 1973: CAMBIOS EN EL PERDÓN Y EL INICIO DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA 244

X. CONCLUSIONES 252

CAPÍTULO CUARTO. LA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS SEXUALES EN LA ACTUALIDAD 257

I. INTRODUCCIÓN 257

II. EL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL: UNA SOLUCIÓN INTERMEDIA 258

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN 265

IV. RÉGIMEN GENERAL 268

1. La denuncia como condición de procedibilidad 268
2. La intervención del Ministerio Fiscal: la ponderación de "los legítimos intereses en presencia" 276
2.1. Los intereses en juego: ¿víctima, victimario o sociedad? 276
2.2. La posibilidad de que el Ministerio Fiscal inicie el proceso en contra de la voluntad de la víctima 282
V. RÉGIMEN ESPECIAL 293
1. La denuncia de la víctima menor de edad 294
2. La denuncia de la víctima con discapacidad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección 298
3. Las personas desvalidas 303
4. La intervención del Ministerio Fiscal mediante denuncia: ¿actuación obligatoria o potestativa? 306
VI. LA PROHIBICIÓN EXPRESA DEL PERDÓN 309
VII. CONCLUSIONES 312

CAPÍTULO QUINTO. DERECHO PENAL PÚBLICO Y VIOLENCIA SEXUAL: UNA REVISIÓN DESDE LOS FEMINISMOS 318
I. INTRODUCCIÓN 318
II. LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL 318
III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA 326
1. De la honestidad a la intimidad y el bienestar psíquico 326
2. Conexión entre el objeto de protección del delito y los intereses tutelados por la exigencia de denuncia 338
IV. LAS PRESIONES Y AMENAZAS: ¿DISTINTO FUNDAMENTO DE LA PERSEGUIBILIDAD Y EL PERDÓN? 347
V. LA GRAVEDAD DEL DELITO Y SU NECESARIA PREVENCIÓN 354

VI. LOS FEMINISMOS FRENTE A LA PERSECUCIÓN PÚBLICA DE LA VIOLENCIA SEXUAL 361

1. Las *sex wars* y la división del movimiento feminista 364

2. La función simbólica del Derecho penal 372

3. La agencia de las víctimas: ¿Lo íntimo es político? 383

VII. LOS INTERESES DE "LAS VÍCTIMAS" EN OTROS DELITOS SEMIPÚBLICOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 75/2024, DE 8 DE MAYO 388

VIII. CONCLUSIONES 401

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* 410

CONCLUSIONI E PROPOSTE DE *LEGE FERENDA* 424

BIBLIOGRAFÍA 439

JURISPRUDENCIA 494

AGRACEDIMIENTOS

Este trozo de la tesis es la parte más bonita, pero también la más difícil de escribir, porque no consiste en analizar o juzgar algo (una tarea relativamente sencilla para lxs juristas), sino que se trata de pensar en qué agradeces a la vida y por qué.

Estaré eternamente agradecida a todxs lxs profesorxs que se han cruzado en mi camino y que me han enseñado lo que es el espíritu crítico, consiguiendo que me "enganche" a sus clases. Todxs ellxs son lxs que me han llevado a estar hoy aquí.

En particular, quiero agradecer a mis directorxs de tesis que hayan creído en mí. Gracias por verme y ayudarme a sacar lo mejor de mí, pero enseñarme también a ser humilde y a tener siempre los pies en la tierra. Especialmente, quiero darte las gracias a ti, Lucía, por ser el faro que me guía en este océano académico. Eres una gran referente, un ejemplo de mujer inteligente y trabajadora, pero que también sabe cuidar y tratar con cariño, algo muy importante en estos tiempos que corren.

Quiero agradecer también a mis compañerxs, por ser lxs mejores que hubiera podido tener. Me siento muy afortunada, porque ir al trabajo es mucho mejor si sabes que te vas a cruzar con gente maravillosa. Muchxs habéis sido también mis profesorxs, y me inspirasteis cuando estaba todavía buscando mi sitio. Gracias a vosotrxs supe que debatir con lxs alumnxs sobre "la justicia" era mi sueño. Gracias por seguir inspirándome todos los días.

A mi familia, quiero agradecerle que me haya enseñado que la vida no solo es trabajar, que es reír, que es llorar, que es cantar, bailar y pintar de colores los días.

A Álvaro, gracias por aparecer y desmontarme todos mis esquemas. Per fer que davant les torres de Serrans, el nostre amor siga la clau que obri tots els panys.

A mis amigues, gracias por ser un espacio seguro, por ser un espejo en el que mirarse siempre. Gracias por sostenerme y por ver en mí lo que a veces yo no veo. Por recordarme quién soy.

Gracias por tanto.

ABREVIATURAS

CP Código Penal

CC Código Civil

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

LO Ley Orgánica

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOVG Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

EV Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

LOGILS Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

LOPIVI Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

LAPDECJ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

NEP Necesitada de especial protección

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

FGE Fiscalía General del Estado

AGE Abogacía General del Estado

ONU Organización de las Naciones Unidas

CEDAW Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas

UE Unión Europea

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SINTESI

CAPITOLO PRIMO. L'OBBLIGO DELLO STATO DI PERSEGUIRE LA VIOLENZA SESSUALE

Questa tesi di dottorato si occupa del perseguimento dei reati contro la libertà sessuale in Spagna. Il primo capitolo è incentrato sulla riforma introdotta dalla Legge Organica 10/2022, del 6 settembre, sulla garanzia integrale della libertà sessuale (LOGILS), che incorpora un'attenzione di genere nel trattamento della violenza sessuale, in linea con i trattati internazionali. L'analisi si concentra sulla conformità con gli obblighi internazionali dello Stato del requisito procedurale di cui all'articolo 191.1 del Codice Penale, che richiede alla vittima di denunciare il reato affinché la violenza sessuale e le molestie sessuali possano essere perseguite.

Viene evidenziata una maggiore consapevolezza sociale dei reati sessuali, anche se molte vittime evitano di denunciare, tra le altre ragioni, per evitare la vittimizzazione secondaria generata dai procedimenti penali. L'evoluzione storica mostra un passaggio dalla protezione dell' "onestà" alla "libertà sessuale", anche se alcuni sostengono che si tratti di un falso neutro in quanto non riconosce che la maggior parte delle vittime sono donne. La Legge organica 1/2004 del 28 dicembre sulle misure di protezione globale contro la violenza di genere (LOVG) regola la violenza di genere, ma la sua limitazione è criticata, in quanto riguarda solo la violenza contro le donne all'interno di una relazione di coppia. Si sostiene che la violenza sessuale sia una forma grave di violenza di genere, come riconosciuto dalla LOGILS, che amplia la definizione di violenza sessuale e pone le vittime come titolari di diritti umani.

Questo capitolo esamina il dovere di perseguire la violenza contro le donne nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, lo Stato ha obblighi positivi di protezione dei diritti umani, non solo obblighi negativi di non ingerenza, e la sua giurisprudenza ha promosso l'esistenza di doveri positivi di protezione penale, estendendoli ai reati tra privati. Gli obblighi di protezione penale comprendono i doveri di *prevenzione, indagine, azione penale,*

punizione e *riparazione*. Gli obblighi di protezione penale sono stati intensificati soprattutto nell'ambito della violenza contro le donne, dove il dovere di diligenza nelle azioni delle autorità è stato rafforzato da diversi strumenti internazionali. Sia la Convenzione di Istanbul che la Convenzione di Belém do Pará riprendono questo principio e riconoscono il diritto delle donne a vivere una vita libera dalla violenza. In questo contesto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che la tutela dei diritti può richiedere allo Stato di agire penalmente, anche se la vittima non sporge denuncia. Ciò solleva la questione se il requisito della denuncia preventiva nei reati di violenza sessuale e molestie risponda agli obblighi dello Stato. La giurisprudenza analizzata si riferisce a casi di violenza da partner nelle relazioni di intimità, quindi la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è opposta al requisito della perseguibilità nei reati sessuali in generale. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa contro l'incriminabilità privata nei casi di violenza da partner nelle relazioni di intimità solo nei casi di reati gravi o quando esiste il rischio di reiterazione del reato.

In secondo luogo, viene esaminata la normativa internazionale. A livello di Nazioni Unite, vengono esaminate le raccomandazioni della CEDAW e di altri organismi dell'ONU che esortano gli Stati ad agire con diligenza nelle indagini e nelle sanzioni contro la violenza sessuale. Si sottolinea l'importanza di garantire l'accesso alla giustizia alle vittime, indipendentemente dalla loro volontà di denunciare. La Relatrice speciale sulla violenza contro le donne ha espressamente affermato che lo stupro dovrebbe essere perseguito d'ufficio e che i poteri concessi ai pubblici ministeri non dovrebbero essere troppo ampi. In secondo luogo, nel Consiglio d'Europa si discute della Convenzione di Istanbul, che stabilisce l'obbligo degli Stati di perseguire la violenza contro le donne. Ci si chiede se il requisito della denuncia preventiva sia compatibile con gli obblighi della Convenzione. A mio parere, l'articolo 191 c.p. può essere compatibile con l'articolo 55 della Convenzione, ma ci sono opinioni contrarie. Si cita la dottrina italiana. Infine, vengono esaminate le direttive dell'Unione europea che riguardano la questione, con particolare riferimento alla nuova direttiva (UE) 2024/1385 del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. L'articolo 15 stabilisce espressamente che "gli Stati membri provvedono affinché le indagini o il perseguimento di atti di stupro non dipendano dalla denuncia della vittima o del suo rappresentante", per cui la legislazione nazionale potrebbe porre seri problemi di compatibilità con questo requisito sovranazionale.

Infine, viene presentato il caso dell'Argentina, dove la Convenzione di Belém do Pará è stata utilizzata come base per il perseguimento pubblico dei reati di violenza contro le donne. Viene spiegato come la Convenzione sia stata interpretata per richiedere il perseguimento d'ufficio dei reati di lesioni lievi nei casi di violenza di genere (che sono generalmente perseguibili in tribunali privati, a meno che non vi sia un interesse pubblico nel perseguirli). Ci si chiede se i reati contro l'integrità sessuale debbano essere considerati un problema privato o pubblico. La legislazione argentina prevede ancora che questi crimini possano essere perseguiti solo se è la vittima a intentare la causa. La relatrice delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne ha avvertito l'Argentina che questa normativa invia il messaggio sbagliato, ovvero che la violenza sessuale è un problema privato e non pubblico.

In breve, questo primo capitolo mostra che gli obblighi internazionali dello Stato in materia di violenza contro le donne possono richiedere il perseguimento d'ufficio dei reati di violenza e molestie sessuali. Viene sollevata la necessità di riformare l'articolo 191.1 c.p. per garantire il rispetto di questi obblighi.

CAPITOLO SECONDO. LE ECCEZIONI ALL'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE D'UFFICIO NEL SISTEMA PROCESSUALE SPAGNOLO

La denuncia della persona offesa o la segnalazione dell'Ufficio del Pubblico Ministero, come previsto dall'articolo 191.1 del c.p., costituiscono "requisiti per l'azione penale". In altre parole, si tratta di una serie di condizioni che il legislatore penale prescrive affinché il reato sia perseguito ed eventualmente punito. La natura giuridica di questi requisiti è stata oggetto di ampio dibattito, poiché mentre la dottrina maggioritaria li considera condizioni di procedibilità appartenenti al diritto processuale (meri "presupposti processuali") e, quindi, non incidenti sulla struttura del reato, una minoranza ha sostenuto che non è semplice distinguere tali condizioni da quelle che rientrano nella punibilità. Per questo motivo, la prima sezione analizza i diversi criteri di distinzione proposti per cercare di discernere tra le due condizioni e, in sintesi, per tracciare una linea di demarcazione tra diritto penale e diritto processuale penale.

Tradizionalmente, si ritiene che un reato sia composto da tre elementi: tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. Tuttavia, ci si interroga sull'esistenza di un quarto elemento: la punibilità. Quest'ultima è concepita come un "contenitore" in cui il legislatore include ulteriori requisiti per l'applicazione della pena.

Questa tesi di dottorato si concentra sui requisiti di perseguibilità, come la denuncia o la querela. La dottrina maggioritaria li considera "condizioni procedurali", estranee al diritto penale sostanziale e appartenenti al diritto processuale penale. Tuttavia, tale distinzione è problematica, poiché l'assenza di denuncia può impedire l'applicazione della pena, analogamente a una condizione oggettiva di punibilità.

La classificazione di questi requisiti ha importanti conseguenze pratiche. Se sono considerati condizioni di punibilità, la loro assenza comporta l'assoluzione e produce effetto di giudicato. Se, invece, sono considerati procedurali, impediscono una decisione nel merito, consentendo di riaprire il procedimento qualora il requisito sia soddisfatto in una fase successiva. In altre parole, la loro assenza non genera effetti di giudicato.

Inoltre, il principio di legalità penale si applica solo alle condizioni di punibilità, non a quelle di legalità procedurale. Ciò influisce sull'applicazione dell'irretroattività delle leggi penali sfavorevoli, generando controversie sulla questione se alcune norme procedurali, come quelle relative alla prescrizione, debbano o meno essere regolate da tale principio.

Vengono esplorate diverse teorie dottrinali che tentano di distinguere tra punibilità e procedibilità, concludendo che l'adozione di una o dell'altra posizione sulla punibilità dipende dalla concezione degli scopi della pena. Una concezione retributiva limita la punibilità al reato colposo, mentre una concezione utilitaristica consente di includere considerazioni preventive.

A mio avviso, il requisito della denuncia dovrebbe essere classificato come condizione procedurale per evitare il passaggio in giudicato e consentire la riapertura del procedimento. Tuttavia, è altresì necessario tutelare il principio di legalità penale, soprattutto nei reati sessuali. La Procura, nelle sue circolari, adotta una posizione mista, riconoscendo la dimensione materiale dei requisiti di perseguibilità per giustificare l'applicazione del principio di legalità penale. Infine, siamo propensi a concepire l'azione

penale come condizione di punibilità in senso lato, includendo i requisiti di procedibilità, al fine di tutelare interessi extra-penali e garantire la coerenza del sistema penale. In altre parole, riteniamo che i requisiti di perseguibilità abbiano una duplice natura, materiale e processuale.

Il sistema processuale penale spagnolo è, per la maggior parte, regolato dal principio dell'azione penale d'ufficio. Ciò significa che l'intervento della Procura è obbligatorio quando vi è il sospetto di un reato pubblico, senza che sia necessaria una denuncia o un'accusa da parte della vittima. Tale regola generale si basa sulla tutela degli interessi pubblici e sulla necessità di mantenere l'ordine sociale, andando oltre la semplice volontà individuale della vittima.

In questo capitolo, abbiamo introdotto uno schema di classificazione dei reati semipubblici in base al loro regime di perseguibilità e all'operatività del perdono della parte offesa come causa di estinzione della responsabilità penale. In primo luogo, i reati privati sono solo la diffamazione e la calunnia contro privati (richiedono la querela della parte offesa e il perdono della vittima estingue l'azione penale). In secondo luogo, i reati semiprivati sono quelli che richiedono una denuncia da parte della vittima e consentono il perdono. In terzo luogo, i reati semipubblici sono quelli che richiedono una denuncia da parte della vittima per avviare il processo, ma il processo prosegue d'ufficio su richiesta della Procura, senza possibilità di perdono. Infine, i reati quasi-pubblici richiedono una denuncia da parte della vittima, ma prevedono la possibilità di intervento della Procura della Repubblica nel caso in cui riguardino interessi pubblici. In quest'ultimo gruppo di reati rientrano i reati di violenza sessuale e molestie.

Il legislatore ha optato per la perseguibilità d'ufficio nei casi di violenza domestica e di genere, cercando di tutelare maggiormente le vittime. Tale decisione è stata consolidata attraverso diverse riforme legislative, come la LO 14/1999 e la LO 1/2015, che hanno eliminato la necessità di denunciare diversi reati minori e illeciti commessi in tale ambito. L'introduzione del reato di stalking ha generato un dibattito sul suo regime di perseguibilità. Sebbene inizialmente fosse necessaria una denuncia, la LO 1/2015 ha introdotto un'eccezione nei casi di violenza domestica e di genere, consentendo di perseguire d'ufficio il reato.

Gli altri reati che colpiscono le donne non seguono un unico approccio alla perseguibilità. Ad esempio, mentre il reato di molestie stradali e quello di procreazione assistita senza consenso richiedono la querela, il reato di molestie antiabortiste è perseguito d'ufficio, il che è stato oggetto di controversie e di un ricorso per incostituzionalità, risolto dalla STC 75/2024, che ne ha dichiarato la costituzionalità. Analizziamo questa sentenza alla fine del capitolo V, per la sua importanza nell'analisi del fondamento dell'articolo 191.1 c.p.

Nel frattempo, reati come la violenza sessuale e la diffusione non consensuale di immagini intime, sebbene aggravati nei casi di GBV, mantengono l'obbligo di denuncia, criticato per la mancanza di una prospettiva di genere.

Negli ultimi anni, sono state introdotte importanti riforme nel sistema giuridico processuale spagnolo che riguardano l'obbligo di denuncia e di testimonianza nei casi di violenza contro le donne e di violenza sessuale. Come è noto, la denuncia è obbligatoria per i reati pubblici (nei reati semipubblici è un diritto della vittima), ma la LECrim stabilisce esenzioni per i minori, le persone prive del pieno uso della ragione, gli avvocati, i procuratori, gli ecclesiastici e i familiari dell'autore del reato. La dispensa dal testimoniare per i familiari è stata messa in discussione dalla dottrina, soprattutto nei casi di violenza di genere e domestica, dove la LO 8/2021 ha limitato tale diritto per proteggere le vittime. La riforma del 2021 rende inoltre obbligatoria la denuncia dei reati sessuali contro i minori e le persone con disabilità, anche se l'azione della Procura rimane facoltativa.

È importante notare che, sebbene la denuncia non sia obbligatoria nei reati semipubblici, le autorità dovrebbero verificare i fatti riferiti da terzi, soprattutto in casi di violenza sessuale o molestie, al fine di chiarire eventuali reati pubblici collegati e proteggere le vittime.

Infine, questo capitolo esamina il ruolo dei diversi attori coinvolti nel perseguimento dei reati semipubblici.

Per quanto riguarda la Procura della Repubblica, l'articolo 105 della Legge di procedura penale (LECrim) stabilisce i suoi obblighi nel perseguimento dei reati. La riforma della LO 1/2015 ha eliminato il riferimento ai reati contro l'onestà, sostituendolo

con "reati perseguibili su richiesta della persona offesa", estendendo così la copertura a tutti i reati semipubblici. Inoltre, la riforma ha introdotto la possibilità per la Procura di avviare un procedimento a querela di parte per i reati semipubblici commessi nei confronti di minori, disabili o persone incapaci, anche se questo intervento è facoltativo. Viene criticata la mancanza di coerenza con il Codice penale, che non riflette questa possibilità in tutti i reati semipubblici, come lo stalking (art. 172 ter).

L'articolo 105 consente, inoltre, alla Procura di effettuare "diligencias a prevención" senza previa denuncia, fondamentali per indagare sui reati di violenza sessuale o molestie e per assicurare le prove. La LOGILS ha migliorato questa norma, consentendo la raccolta di campioni biologici e prove senza previa denuncia.

Il principio di opportunità, sebbene non espressamente disciplinato dall'articolo 105, consente al pubblico ministero di non esercitare l'azione penale in determinate circostanze. L'articolo 191.1 c.p. ne è un esempio, in quanto consente al Pubblico ministero di soppesare i "legittimi interessi in gioco" prima di presentare una denuncia per violenza sessuale o molestie. Tale principio si manifesta nei procedimenti penali minorili e nella procedura per i reati minori, dove nel 2015 sono stati introdotti criteri di opportunità. La circolare 1/2015 della Procura di Stato (FGE) sviluppa questi criteri, concentrandosi sulla scarsa gravità del reato e sulla mancanza di interesse pubblico. La riparazione del danno e la volontà della vittima sono fattori chiave nella ponderazione dell'interesse pubblico, sia nei reati patrimoniali che in quelli personali. L'opinione della vittima è essenziale, anche se non decisiva, e deve essere valutata in un quadro di razionalità e legalità.

La tendenza a limitare le decisioni delle vittime di violenza di genere si scontra con la realtà delle donne che non collaborano con il sistema giudiziario. Sebbene l'azione penale d'ufficio sia la norma, la mancanza di prove può portare all'archiviazione provvisoria. La visione delle vittime come "indifese" è problematica e contestata. Si discute se l'azione penale d'ufficio sia sempre l'opzione migliore, considerando che può peggiorare la situazione della vittima senza un supporto completo. La giustizia riparativa emerge come un'alternativa, che cerca di riparare le vittime al di là della punizione. Il principio di opportunità è legato a queste pratiche, consentendo al pubblico ministero di adattarsi alle esigenze di ciascun caso.

Tuttavia, la mediazione penale è vietata nella violenza di genere, il che è stato oggetto di una nota controversia: mentre i sostenitori del divieto sostengono la disuguaglianza tra le parti e il rischio di perpetuare l'abuso, i critici del divieto sostengono la giustizia riparativa, differenziandola dalla mediazione e sottolineandone la natura volontaria. Sostengono che essa ripara le vittime ed evita il paternalismo penale. La confessione dell'autore del reato e la volontà di riparazione sono fondamentali per la giustizia riparativa, che cerca un dialogo autentico e la soddisfazione dei bisogni delle vittime.

Il sistema processuale penale spagnolo, soprattutto per quanto riguarda la violenza di genere, si trova ad affrontare la sfida di bilanciare l'azione penale d'ufficio con l'autonomia della vittima. La giustizia riparativa offre un modello complementare, incentrato sulla riparazione e sul dialogo, che potrebbe migliorare la risposta alla violenza di genere. È fondamentale sviluppare un quadro giuridico e pratico che consenta all'accusa di bilanciare adeguatamente gli interessi in gioco, considerando sia la protezione della vittima che la necessità di riparazione e reintegrazione.

Infine, il capitolo II esamina la misura in cui le vittime indirette e il pubblico ministero possono partecipare al processo per i reati semipubblici.

L'articolo 109 bis LECrim riconosce alle vittime indirette, parenti della vittima diretta, il diritto di intentare un'azione penale in caso di morte o scomparsa. Tuttavia, ci si chiede se possano avviare un procedimento per reati semipubblici che la vittima non ha denunciato in vita.

La Corte Suprema (SC) ha stabilito che, in alcuni casi, il potere di denuncia viene trasferito ai membri della famiglia. La STS 717/2020 ne è un esempio, consentendo ai genitori di una vittima di omicidio di imputare i reati di molestie e rivelazione di segreti, considerandoli parte della stessa sequenza motivazionale dell'autore del reato. Tale interpretazione si basa sulla connessione tra il reato contro la vita e il reato semipubblico. La Corte di giustizia ritiene che le vittime indirette possano agire quando la morte è direttamente causata da un reato e, nel caso in esame, i reati di molestie e rivelazione di segreti hanno preceduto l'omicidio.

Si presenta una lacuna legale per quanto riguarda la possibilità per i parenti di denunciare i reati sessuali che la vittima non ha denunciato durante la sua vita. Sebbene in pratica sia consentito incriminare i reati sessuali connessi all'omicidio, vi sono dubbi sulla possibilità di denunciare anche i reati sessuali precedenti non direttamente connessi.

Pertanto, è necessaria una riforma che consenta ai parenti di denunciare quando l'omicidio è legato al reato sessuale, seguendo modelli come quello argentino e italiano, ma che escluda la denuncia dei reati sessuali non denunciati in vita, nel rispetto della decisione della vittima.

La legislazione italiana, che consente ai parenti di denunciare i reati sessuali e d'onore dopo la morte della vittima, è stata criticata perché perpetua una concezione patriarcale della donna. Si suggerisce che la Procura della Repubblica, attraverso il bilanciamento degli interessi di cui all'articolo 191.1 c.p., potrebbe colmare questa lacuna consentendo l'azione penale nei casi di vittime decedute. Il capitolo IV esamina questa possibilità.

Infine, per quanto riguarda il ruolo del pubblico ministero, l'articolo 101 del LECrim sancisce l'azione popolare, consentendo a qualsiasi cittadino spagnolo di intentare un'azione penale. Tuttavia, il suo intervento nei reati semipubblici è controverso. La dottrina è divisa sul fatto che l'azione popolare possa avviare un procedimento per reati semipubblici. Alcuni sostengono che solo la parte offesa possa farlo, mentre altri difendono la partecipazione della pubblica accusa una volta che sia stato soddisfatto il requisito della perseguibilità. Si critica anche la mancanza di chiarezza sul fatto che la rinuncia della vittima influisca sulla pubblica accusa. La dottrina maggioritaria ritiene di no, tranne che per i reati che prevedono il perdono della parte offesa, ma c'è chi sostiene la necessità di ottenere l'autorizzazione della vittima.

L'accusa popolare ha permesso alle associazioni delle vittime di partecipare ai procedimenti penali. L'associazione Clara Campoamor è stata un esempio importante, anche se dopo la riforma del 2015 le associazioni possono comparire come accusatori privati con l'autorizzazione della vittima. Anche le amministrazioni pubbliche hanno acquisito un ruolo rilevante nella lotta alla violenza di genere, esercitando l'azione popolare. L'articolo 24.2 della LOVG riconosce questo potere alla Delegazione governativa contro la violenza di genere. Inoltre, diverse Comunità autonome hanno

legiferato a favore dell'intervento dell'Amministrazione autonoma nei procedimenti per violenza di genere, richiedendo il consenso della vittima o della sua famiglia in caso di morte.

La Corte Costituzionale, pur appoggiando questa norma, critica la possibile politicizzazione dei processi mediatici e propone una riforma procedurale che delimiti i casi in cui associazioni e amministrazioni possono invocare un "interesse legittimo".

In breve, questo capitolo dimostra la necessità di ripensare il sistema di giustizia penale da una prospettiva più incentrata sulla vittima, esplorando alternative come la giustizia riparativa e garantendo una maggiore coerenza e chiarezza nella regolamentazione dei requisiti per l'esercizio dell'azione penale e la partecipazione delle vittime al procedimento penale.

CAPITOLO TERZO. L'AZIONE PENALE SU RICHIESTA DI UNA PARTE NEI REATI CONTRO L'ONESTÀ

Il *Codice penale del 1822*, il primo nella storia della Spagna, nacque in un contesto di rivoluzione sociale e politica, cercando di incarnare i principi illuministici nella legislazione penale. Tuttavia, rifletteva anche una società rurale e cattolica, in cui i diritti delle donne erano subordinati a quelli degli uomini. Per quanto riguarda i reati sessuali, il Codice li divideva in "reati contro la morale" e "reati contro la persona". Il reato di stupro non era espressamente contemplato, ma venivano regolamentati reati come il rapimento e lo stupro di minore.

Il rapimento consisteva nel trattenere illegalmente una persona per scopi sessuali o dannosi, senza richiedere che la vittima fosse una donna o che l'accesso carnale fosse consumato. Le violenze sessuali consumate erano punite come un tipo di rapimento aggravato. Lo stupro legale era regolamentato insieme all'adulterio, punendo l'aggressione indecente di una donna sposata o promessa con l'inganno. La connivenza della donna attenuava la pena e, se questa era una prostituta (una "donna pubblica"), la condotta non era tipica.

La perseguibilità dei reati sessuali variava. Il rapimento era un reato pubblico, mentre la violenza carnale richiedeva la denuncia della moglie o del marito ed era

considerata un reato "privato". Questa distinzione rifletteva la visione dell'epoca, in cui l'onore del marito prevaleva sull'autonomia della donna. Il perdono della parte offesa era possibile per i reati privati, ma non per quelli pubblici come lo stupro.

Il *Codice Penale del 1848*, più apprezzato dalla dottrina e considerato la base dell'attuale Codice Penale, introduceva la denominazione "Delitti contro l'onestà" e regolava insieme tutti i reati sessuali. Il reato di stupro era espressamente definito, richiedendo che il soggetto attivo fosse un uomo, quello passivo una donna e che l'accesso carnale avvenisse per via vaginale. L'aggressione indecente, che non soddisfaceva questi requisiti, era punita con una pena minore.

Lo stupro legale cambiò radicalmente, punendo i rapporti sessuali con una ragazza di età superiore ai 12 anni e inferiore ai 23, approfittando di una situazione di superiorità. Il rapimento è rimasto in vigore, richiedendo una "intenzione disonesta" e non lo scopo di "abusare". Sono state eliminate le distinzioni di pena in base allo status della donna (sposata, pubblica, ecc.), il che è stato considerato un passo avanti.

Anche la perseguibilità è cambiata. Lo stupro, il rapimento e la violenza carnale richiedevano una denuncia da parte della parte lesa, essendo reati assolutamente privati. L'aggressione indecente, invece, era perseguita d'ufficio. Fu consentito il "perdono presuntivo" attraverso il matrimonio, in modo che il matrimonio esentasse la responsabilità dell'autore del reato, generando un dibattito se fosse necessario il matrimonio vero e proprio o se fosse sufficiente la proposta.

Il *Codice penale del 1850*, una riforma del Codice penale del 1848, introdusse un regime semipubblico per i reati sessuali. Per lo stupro e il rapimento era ora necessaria la denuncia, mentre per lo stupro di minore durata continuava a essere necessaria la querela. Questa distinzione rispondeva alle critiche sull'eccessiva formalità della denuncia nei reati gravi. L'azione penale d'ufficio era consentita nei casi di vittime prive di capacità processuale e indifese, generando un dibattito sul danno che lo *strepitus fori* poteva causare a queste vittime. È stato criticato il requisito della denuncia nei casi di stupro di discendenti o sorelle e sono stati discussi i limiti dell'azione penale d'ufficio nei casi di vittime vulnerabili.

Il *Codice penale del 1870*, frutto di una riforma puramente politica, cercò di adattare la legislazione penale alla Costituzione del 1869, umanizzando le pene. Nonostante il suo carattere provvisorio, rimase in vigore per circa settant'anni. Per quanto riguarda i reati contro l'onestà, il Codice mantenne la struttura del Codice del 1848, introducendo solo un capitolo separato per il reato di pubblico scandalo. Le condotte punibili rimasero invariate, ma alcune pene furono abbassate, riflettendo l'influenza di una dottrina che sosteneva l'ammorbidimento delle pene in casi come lo stupro.

Alla fine del XIX secolo, si discuteva su quali donne potessero essere vittime di stupro. Sebbene si cominciasse a riconoscere la necessità di proteggere le "donne pubbliche", si sosteneva che le donne sposate non potessero essere violentate dai loro mariti, in quanto sembrava che avessero rinunciato alla loro libertà sessuale sposandosi. Questo punto di vista rifletteva la persistenza di una concezione patriarcale del matrimonio e della sessualità femminile.

Il regime dell'azione penale è rimasto invariato rispetto al Codice del 1850. Lo stupro legale continuava a richiedere una denuncia, mentre lo stupro e il rapimento venivano perseguiti sulla base di una denuncia. Questa distinzione era giustificata dalla gravità dei reati e dall'interesse a proteggere la reputazione delle donne offese. Poiché non ha cambiato la questione, non ha risolto il problema delle vittime indifese. La mancanza di capacità processuale e l'assenza di familiari che potessero intraprendere un'azione legale lasciavano queste vittime senza protezione legale.

Il testo punitivo del 1870 chiarì la figura del perdono, riconoscendo il perdono espresso come causa di estinzione della responsabilità penale. Il matrimonio continuò a essere una forma di perdono presunto, ma furono ammessi altri mezzi. La giurisprudenza delimitava i soggetti legittimati a iniziare e concludere i procedimenti penali, riconoscendo alle donne di età superiore ai 23 anni l'autonomia di decidere sull'azione penale.

In breve, alla fine del XIX secolo, la disponibilità privata nei reati contro l'onestà era piena. La vittima aveva il potere di avviare e concludere il procedimento penale, e persino di estinguere la pena una volta inflitta. La dottrina penale, sebbene critica nei confronti delle prerogative private, ne giustificava l'applicazione in questi reati a causa del danno che la pubblicità del processo poteva arrecare alle vittime.

Il *Codice Penale del 1928*, promulgato durante la dittatura di Primo de Rivera, mantenne la struttura del precedente, ma adottò una tendenza totalitaria, inasprendo le pene per i reati contro l'autorità e la delinquenza abituale. Nell'ambito dei reati sessuali, invece, vi fu una notevole riduzione delle pene e furono introdotte modifiche significative.

Il reato di stupro è stato riformato, richiedendo che la violenza o l'intimidazione siano "sufficienti" per raggiungere lo scopo del colpevole, e l'incapacità di resistenza della vittima è stata inclusa come modalità di commissione. L'età della vittima è stata portata a "più di diciotto anni", regolamentando separatamente i reati sessuali contro i minori e punendoli con pene più elevate.

È stato introdotto un reato attenuato per lo stupro di donne dedite alla prostituzione, sostenendo che in questi casi il danno all'onestà era minore. Alcune autrici hanno addirittura sostenuto che non si trattasse di un reato contro l'onestà, ma contro la libertà. Inoltre, vennero stabilite pene molto più elevate per il reato di atti osceni tra persone dello stesso sesso, in quanto l'omosessualità era considerata più grave.

Il perseguimento dei reati sessuali adottò un regime peculiare, differenziandosi a seconda del reato e dei soggetti coinvolti. La querela per lo stupro è stata abolita e la denuncia è stata affidata al sindaco o al pubblico ministero nei casi di vittime indifese. L'aggressione indecente richiedeva ora una denuncia, differenziata in base al sesso delle persone coinvolte e alla presenza di pubblicità o scandalo. Anche l'incesto richiedeva la denuncia, a meno che non ci fosse uno scandalo pubblico, nel qual caso veniva denunciato d'ufficio.

Il perdono della vittima è stato disciplinato nella parte generale e nelle disposizioni comuni dei reati contro l'onestà, generando contraddizioni. Sono state stabilite limitazioni al perdono nei casi di minori o persone con disabilità, e quando l'autore del reato era un parente o una persona vicina alla vittima.

Il Codice penale del 1928 fu abrogato con l'avvento della Seconda Repubblica, ripristinando il Codice del 1870. Tuttavia, nel 1932 fu emanato un nuovo Codice penale per adattarlo alla Costituzione repubblicana.

La modifica più degna di nota fu la depenalizzazione dell'adulterio e della concubinato, in linea con il riconoscimento della parità dei sessi e la legalizzazione del divorzio. Gli altri reati contro l'onestà mantennero la regolamentazione del Codice del 1870, con lievi modifiche nella formulazione del reato di stupro e di aggressione indecente.

La perseguibilità è rimasta invariata, richiedendo una denuncia per lo stupro di minore e una denuncia per lo stupro e il rapimento. Una leggera modifica è stata introdotta nella sezione relativa alle vittime indifese. Il perdono della vittima mantenne la normativa del 1870, riducendo il suo campo di applicazione con l'eliminazione dei reati di adulterio e concubinato.

L'arrivo della dittatura nel 1939 significò una battuta d'arresto nei progressi femministi raggiunti durante la Seconda Repubblica. L'adulterio fu nuovamente criminalizzato e furono introdotte connotazioni morali nella regolamentazione dei reati contro l'onestà, creando nuovi reati di stupro e rapimento che richiedevano che la vittima fosse "di provata onestà". Il reato di stupro, tuttavia, rimase invariato.

L'incriminazione è stata modificata in denuncia e il suo campo di applicazione è stato esteso fino a includere l'aggressione indecente. D'altra parte, è stato istituito un regime speciale per i minori di sedici anni. Sono stati introdotti il Consiglio per la tutela dei minori e i Tribunali per la tutela dei minori come organi autorizzati a presentare denunce nei casi che coinvolgono minori di sedici anni. L'interpretazione di "vittima indifesa" è stata ampliata per includere i casi in cui i familiari decidono di non denunciare. Il perdono della vittima ha mantenuto la sua piena efficacia, estendendo la sua applicazione agli abusi indecenti e richiedendo che la vittima sia "legalmente capace".

In sintesi, l'evoluzione dei reati contro l'onestà nei Codici Penali del 1928, 1932 e 1944 è stata segnata dall'ideologia e dalla morale di ogni epoca. Il Codice del 1928 rifletteva la tendenza totalitaria della dittatura di Primo de Rivera e una visione discriminatoria della sessualità. Il Codice del 1932, invece, cercò di adattare la legislazione ai principi repubblicani, depenalizzando l'adulterio e riconoscendo la parità tra i sessi. Infine, il Codice del 1944 fu un passo indietro dal punto di vista morale, ripristinando i crimini e le connotazioni morali nella regolamentazione dei reati sessuali.

Il Codice penale del 1973, frutto di un'importante riforma del Codice del 1944, non ha modificato la perseguibilità dei reati contro l'onestà, ma ha introdotto cambiamenti nella regolamentazione della grazia. Il requisito della "capacità giuridica" è stato sostituito dalla maggiore età (23 anni) e la procedura per la grazia concessa dai rappresentanti legali è stata modificata, includendo la supervisione del pubblico ministero e l'approvazione giudiziaria.

Con la fine della dittatura e l'approvazione della Costituzione del 1978, è iniziato un processo di adeguamento della legislazione penale ai principi di democrazia e uguaglianza. Una serie di riforme furono apportate ai reati contro l'onestà, segnando l'inizio di una nuova era. Nel 1978 furono depenalizzati l'adulterio e il concubinato, e furono modificati i reati di stupro e rapimento, eliminando i riferimenti allo status di "onesto" della vittima. Anche il coniuge e il fratello sono stati eliminati dall'elenco delle persone autorizzate a denunciare, andando verso l'eliminazione delle connotazioni morali di questi reati.

Nel 1983 c'è stata un'importante riforma della disciplina dell'indulto. La sua applicazione è stata esclusa per il reato di stupro e la sua operatività è stata limitata per gli altri reati (aggressione indecente, violenza sessuale e sequestro di persona) fino alla sentenza di primo grado. La supervisione giudiziaria dell'indulto era richiesta in tutti i casi. Questa riforma è stata una risposta alle critiche sull'uso dell'indulto a causa del ricatto e della pressione che esercita sulle vittime. Tuttavia, la sua proibizione è stata anche criticata come eccessivamente "paternalistica".

La Legge organica 3/1989 ha segnato una pietra miliare nell'evoluzione dei reati sessuali in Spagna. Eliminò la denominazione di "reati contro l'onestà" e adottò quella di "reati contro la libertà sessuale". Viene modificato il soggetto passivo del reato di stupro, che può essere anche un uomo, e viene abolita l'aggressione indecente, sostituendola con la violenza sessuale. L'indulto è stato definitivamente abolito per tutti i reati sessuali, in risposta alle critiche sul suo uso abusivo e alla necessità di proteggere le vittime. Tuttavia, questa misura è stata anche criticata per aver limitato l'autonomia delle vittime e per non aver affrontato altre forme di pressione che potrebbero influenzare la loro testimonianza.

Nonostante le importanti riforme nella disciplina dell'indulto, la perseguibilità dei reati sessuali per denuncia è rimasta invariata fino al 1995. Sebbene si tratti di una

questione che ha ricevuto scarsa attenzione da parte della dottrina, alcune voci hanno sostenuto la necessità di perseguire pubblicamente tutti i reati sessuali, mentre altre hanno difeso la necessità di preservare la privacy delle vittime e di rispettare la loro autonomia.

CAPITOLO QUARTO. LA PERSEGUIBILITÀ DEI REATI SESSUALI OGGI

L'attuale regolamentazione della perseguibilità dei reati sessuali è il risultato del dibattito parlamentare durante la stesura del Codice penale del 1995. Inizialmente, i disegni di legge e la formulazione originale del Codice mantenevano il requisito della denuncia come condizione per l'esercizio dell'azione penale, vietando l'indulto in tutti i casi, seguendo la linea della riforma del 1989. L'articolo 184 del disegno di legge del 1994 stabiliva che per procedere per i reati di abuso e aggressione sessuale era necessaria la denuncia della vittima o, nel caso di minori o incapaci, del rappresentante legale della vittima o della Procura della Repubblica. Inoltre, l'indulto era espressamente vietato.

Durante il processo di emendamento, il Gruppo parlamentare basco ha proposto la cancellazione di questo articolo, sostenendo l'opportunità di perseguire pubblicamente questi reati. Il Gruppo socialista ha appoggiato l'emendamento proposto, sostenendo la necessità di eliminare i reati privati e di proteggere le vittime da possibili coercizioni. È stata sottolineata l'esistenza di una "violenza invisibile" all'interno delle mura domestiche, che spesso non viene denunciata per paura o pressione sociale. Tuttavia, altri eurodeputati, come Pedro Jover Presa (membro di Convergencia Socialista de Cataluña), hanno espresso preoccupazione per la protezione della privacy delle vittime e per la possibilità di un processo pubblico contro la loro volontà. È stata inoltre sottolineata la difficoltà di perseguire questi reati senza la denuncia della vittima, poiché spesso avvengono in privato.

Di fronte a queste obiezioni, il Gruppo socialista ha proposto una soluzione intermedia: consentire l'intervento della Procura della Repubblica, che avrebbe valutato gli interessi in gioco prima di avviare un procedimento penale. Questa proposta è stata accettata dagli altri gruppi parlamentari ed è stata incorporata nell'articolo 191.1 c.p.

Di conseguenza, l'articolo 191.1 c.p. stabilisce che per procedere per i reati di aggressione e abuso sessuale è necessaria la denuncia della vittima o del suo

rappresentante legale. Ma, in aggiunta, è consentito l'intervento della Procura della Repubblica, che può avviare un procedimento penale, valutando gli interessi legittimi coinvolti.

Questo regime di perseguibilità è stato accolto con favore dalla dottrina, in quanto rappresenta un passo avanti verso il perseguimento pubblico di questi reati, pur mantenendo l'importanza dell'autonomia della vittima. Cerca di bilanciare la necessità di proteggere le vittime e di perseguire i reati con il rispetto della loro privacy e del loro benessere psicologico. Tuttavia, alcune autrici hanno criticato la possibilità per il pubblico ministero di agire contro la volontà della vittima come segno di paternalismo statale. Si è sostenuto che ciò potrebbe causare alla vittima un danno maggiore di quello che si intende riparare.

Nonostante le numerose riforme in materia di reati contro la libertà sessuale, la perseguibilità penale è rimasta invariata dal 1995. Tuttavia, la consapevolezza dell'impatto del procedimento penale sulle vittime è aumentata, spingendo a studiare alternative alla denuncia e a migliorare l'assistenza alle vittime. La LOGILS introduce misure per facilitare l'accreditamento della violenza sessuale e migliorare l'assistenza alle vittime, sia all'interno che all'esterno del processo penale. La raccolta di prove biologiche e di altro tipo è consentita senza la necessità di una denuncia, sempre con il consenso informato della vittima. La recente riforma ha ravvivato il dibattito sulla piena divulgazione pubblica dei reati sessuali. Ci sono proposte parlamentari e dottrinali che sostengono l'eliminazione della necessità di una denuncia e la possibilità di procedere d'ufficio in tutti i casi.

L'articolo 191.1 c.p. regola il perseguimento dei reati di violenza sessuale e molestie sessuali, stabilendo un regime diverso rispetto agli altri reati sessuali. In origine, quindi, si applicava alla violenza sessuale, all'abuso sessuale e alle molestie sessuali, la cosiddetta "tripla A del sesso". Tuttavia, in seguito alla riforma del 2022, l'abuso sessuale è stato eliminato, lasciando solo la violenza sessuale e le molestie sessuali. Pertanto, altri reati come l'esposizione indecente, la provocazione sessuale, la prostituzione, lo sfruttamento sessuale e la corruzione di minori sono esclusi, essendo perseguiti d'ufficio.

La dottrina ha criticato questa distinzione, sostenendo che non esistono criteri chiari per giustificarla. Autrici come DÍEZ RIPOLLÉS sostengono che l'unificazione del

bene giuridico della libertà sessuale dovrebbe portare a un regime penale uniforme. L'esclusione di reati come la prostituzione è messa in discussione, soprattutto se l'obiettivo è evitare la vittimizzazione secondaria. Anche ORTS BERENGUER e ALONSO RIMO sottolineano la mancanza di giustificazione per l'esclusione di altri reati dal Titolo VIII del Codice Penale, proponendo un'estensione dell'articolo 191.1 alla maggior parte dei reati sessuali.

L'articolo 191.1 c.p. stabilisce un regime generale che prevede una denuncia da parte della vittima o del suo rappresentante legale e una denuncia da parte del Pubblico Ministero, che deve soppesare gli interessi in presenza. Inoltre, prevede un regime speciale per i minori, le persone con disabilità e le persone svantaggiate, in cui è sufficiente la denuncia del Pubblico Ministero.

Nel *regime generale s*i considera, da un lato, la denuncia della vittima e, dall'altro, la possibilità di intervento della Procura.

L'articolo 191.1 c.p. stabilisce che la denuncia della vittima o del suo rappresentante legale è "necessaria" per procedere nei reati di aggressione e molestie sessuali. Questa espressione, che ha sostituito il precedente "sarà sufficiente", cerca di evitare interpretazioni che suggeriscono requisiti più impegnativi come la querela. Un altro notevole miglioramento rispetto al codice penale precedente è l'eliminazione dei familiari dall'elenco delle persone autorizzate a sporgere denuncia, in quanto rappresenta un passo avanti verso l'eliminazione delle concezioni patriarcali.

La giurisprudenza della Corte Suprema ha reso il requisito della denuncia più flessibile, consentendo di soddisfarlo in vari modi. Non è richiesta una denuncia formale e scritta, ma è sufficiente una comunicazione verbale alle autorità. Inoltre, è sufficiente che vi siano azioni che dimostrino l'intenzione di denunciare. Se la vittima è a conoscenza del processo e non si oppone, il requisito si considera soddisfatto.

La Corte di Cassazione ha introdotto il concetto di "willingness to report", ispirato al diritto anglosassone, per interpretare l'articolo 191.1 c.p. Questa interpretazione si concentra sulla "continuazione" del processo piuttosto che sul suo "inizio", consentendo al processo di progredire se la vittima esprime la sua volontà di far indagare i fatti, anche senza una denuncia formale iniziale. Pertanto, la mancanza di una denuncia iniziale può

essere sanata se la vittima esprime la sua volontà di continuare il processo durante la fase investigativa. Inoltre, la mancanza di denuncia è una causa di annullamento, non di nullità, che consente di riprendere il procedimento.

Questa interpretazione giurisprudenziale è stata criticata, in quanto alcuni ritengono che violi il diritto della vittima di decidere sul processo. Viene messa in dubbio la possibilità di dedurre la volontà della vittima da "azioni tacite" e viene criticata la dipendenza dell'interpretazione giudiziaria dalla volontà della vittima. Tuttavia, un altro settore dottrinale difende questa interpretazione, in quanto facilita la denuncia. Inoltre, è importante non perdere di vista il fatto che questa interpretazione della "volontà di denunciare" si applica a tutti i reati semipubblici che richiedono la denuncia da parte della vittima, come le lesioni lievi e i reati contro la privacy.

La sentenza STS 352/2021, del 29 aprile, analizza un caso di abuso sessuale in una setta, illustrando l'applicazione di questa giurisprudenza. La sentenza sottolinea l'importanza della "continuazione" del processo e della "volontà di denuncia" della vittima, anche se non c'è stata una denuncia formale iniziale. L'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 191.1 c.p. rappresenta un tentativo di bilanciare l'autonomia della vittima con l'interesse pubblico nel perseguire i reati sessuali. Pur generando dibattiti e critiche, essa mira a proteggere le vittime e a garantire l'efficacia del sistema giudiziario penale.

L'articolo 191.1 c.p. introduce la possibilità per il Pubblico ministero di avviare l'azione penale mediante denuncia, valutando "gli interessi legittimi in gioco". Questa disposizione, che coesiste con la tradizionale azione penale a querela, solleva numerosi interrogativi sul rapporto tra l'intervento del pubblico ministero e la volontà della vittima, nonché sulla natura degli interessi che il pubblico ministero deve ponderare.

Uno dei principali dibattiti riguarda l'interpretazione degli "interessi presenti". Alcune autrici sostengono che questa ponderazione si riferisce esclusivamente alle circostanze espresse dalla vittima, cercando di proteggere la privacy della vittima e di evitare la vittimizzazione secondaria. Esse sostengono che l'accusa rappresenta già l'interesse generale al perseguimento dei reati, per cui gli "interessi presenti" devono necessariamente essere quelli della vittima. La maggioranza della dottrina ritiene invece che il bilanciamento includa l'interesse pubblico al perseguimento dei reati, influenzato

dalla prevenzione generale e speciale. Si basa sul fatto che sono stati respinti gli emendamenti parlamentari che miravano a limitare il bilanciamento agli interessi della vittima, nonché sul fatto che gli interessi preventivi devono avere un certo peso nel perseguire e punire i reati sessuali.

Questa divergenza di opinioni si estende anche al dibattito sulla possibilità per la Procura di avviare un procedimento contro la volontà della vittima. Alcuni sostengono che l'attuale normativa, a differenza del Codice penale del 1973, consenta l'intervento del pubblico ministero in alternativa alla denuncia della vittima. Altri, invece, ritengono che la Procura debba tenere in particolare considerazione l'opinione della vittima e del suo rappresentante legale, suggerendo una sorta di subordinazione o almeno una considerazione preferenziale della volontà della vittima.

La giurisprudenza della Corte Suprema non ha risolto chiaramente la questione. Se da un lato ha reso più flessibile il requisito della denuncia, consentendo di esprimere la volontà della vittima in vari modi, dall'altro non ha chiarito l'interpretazione di "interessi in presenza". In pratica, la volontà della vittima rimane decisiva e raramente il pubblico ministero presenta una denuncia contro la sua volontà.

Il caso STS 567/2019 illustra l'importanza della volontà della vittima e la necessità di un corretto bilanciamento degli interessi. In questo caso di abuso sessuale su minore denunciato da un terzo, la vittima adulta si oppone alla prosecuzione del processo. Il Tribunale Provinciale di Tarragona e la Corte Suprema sottolineano l'importanza dell'autonomia della vittima e la necessità di un corretto bilanciamento degli interessi, criticando la mancanza di informazioni alla vittima sui suoi diritti e sulla portata del procedimento. Questa giurisprudenza afferma che l'interesse pubblico non dovrebbe prevalere sulla volontà della vittima (si dice che le conseguenze che possono derivare in termini di impunità non dovrebbero far parte del bilanciamento in questo caso).

Tuttavia, questa giurisprudenza è stata oggetto di critiche dottrinali. Si sostiene che in questo caso la vittimizzazione secondaria si era già verificata, per cui ostacolare l'azione dell'accusa è infondato. Esistono anche posizioni dottrinali contrarie al primato della volontà della vittima. Alcuni sostengono che la disposizione di legge che consente l'intervento del pubblico ministero sarebbe superflua se fosse sempre richiesta l'acquiescenza della vittima. Si critica il formalismo della giurisprudenza e si auspica un

criterio più flessibile, mentre altri ritengono che l'interpretazione della SC significhi dare efficacia al perdono della vittima.

In conclusione, la giurisprudenza attuale privilegia la volontà della vittima, ma l'articolo 191.1 lascia aperta la possibilità che l'interesse pubblico influisca sulla ponderazione dell'azione penale. È in corso un dibattito sul rapporto tra l'autonomia della vittima e il perseguimento dei reati sessuali. La mancanza di chiarezza nella legge e nella giurisprudenza crea incertezza e ostacola l'applicazione dell'articolo 191.1 c.p.

Il caso Jennifer Hermoso è stato un esempio recente e controverso dell'applicazione dell'articolo 191.1 c.p. Il caso del bacio non consensuale di Luis Rubiales a Jennifer Hermoso ha messo in luce il dibattito esistente sulla necessità che la vittima denunci il reato per poterlo perseguire. La controversia è nata perché alcuni settori dell'opinione pubblica ritenevano che il reato dovesse essere perseguito d'ufficio, mentre altri sostenevano che la denuncia della vittima fosse essenziale. Alla fine, il procedimento penale è stato avviato dopo la denuncia di Jennifer Hermoso, il che sottolinea l'importanza della volontà della vittima in questi casi.

La Procura dell'Audiencia Nacional ha ricordato che il perseguimento pubblico di questi reati è limitato dal requisito di cui all'articolo 191.1 c.p. Ciò significa che, in pratica, la clausola degli "interessi in presenza" non ha portato a un vero e proprio processo pubblico per i reati di violenza sessuale e molestie. Questi reati continuano invece a essere trattati come reati semipubblici, in cui la vittima detiene la chiave del procedimento penale.

La Procura di solito agisce d'ufficio solo in casi eccezionali, come quando la vittima è morta, non ha potuto denunciare per altri motivi o è un minore i cui genitori o tutori non vogliono fare questo passo. Pertanto, il caso Jennifer Hermoso conferma che, in pratica, la volontà della vittima è ancora un fattore determinante nel perseguimento di questi reati.

Nel caso di vittime decedute, la clausola "interessi in presenza" potrebbe essere più pertinente. Tuttavia, ci si chiede se gli interessi protetti dall'obbligo di denuncia svaniscano dopo la morte della vittima. Il diritto alla privacy post mortem potrebbe essere un argomento per non avviare un procedimento penale. Si pone la necessità di distinguere

tra i reati sessuali connessi alla morte della vittima e quelli che la vittima ha scelto di non denunciare in vita. Mentre il perseguimento dei primi potrebbe essere giustificato, nei secondi si dovrebbe rispettare la volontà della persona deceduta, in modo da non violare la sua privacy.

In conclusione, il caso Jennifer Hermoso illustra l'applicazione pratica dell'articolo 191.1 c.p. e l'importanza della volontà della vittima nel perseguimento dei reati sessuali. Inoltre, dimostra che i pubblici ministeri utilizzano la clausola degli interessi in presenza solo per fornire una copertura legale al processo penale di casi di reati sessuali con vittime decedute, il che dovrebbe farci riflettere sulla protezione della privacy di queste ultime.

D'altra parte, l'articolo 191.1 c.p. stabilisce un regime speciale per il perseguimento dei reati sessuali quando la vittima è un minore, un disabile che necessita di una protezione speciale o una persona indifesa. In questi casi, si rinuncia al riferimento alla persona offesa e si stabilisce che "la relazione del Pubblico Ministero è sufficiente". Tuttavia, ciò non implica che il Pubblico Ministero debba avviare il processo in tutti i casi, ma che le vittime possano anche denunciare da sole o tramite i loro rappresentanti legali.

Nel caso dei minori, la rappresentanza legale spetta ai genitori o ai tutori legali. Tuttavia, l'articolo 162 del Codice civile prevede un'eccezione per "gli atti relativi ai diritti della personalità che il minore, secondo la sua maturità, può esercitare da solo". Ciò significa che un minore può denunciare da solo se si ritiene che abbia la maturità necessaria. Inoltre, la Legge organica sulla protezione integrale dei bambini e degli adolescenti contro la violenza (LOPIVI) ha rafforzato questa possibilità, riconoscendo ai minori vittime di violenza il diritto di sporgere denuncia da soli, senza la necessità di essere accompagnati da un adulto (art. 50). La LOPIVI ha inoltre modificato l'articolo 261 della LECrim, eliminando l'esenzione dall'obbligo di denuncia per i familiari e stabilendo l'obbligo di denuncia per alcuni reati, compresi quelli sessuali, quando le vittime sono minori o persone con disabilità che necessitano di una protezione speciale.

In caso di conflitto di interessi tra il minore e il suo rappresentante legale, può essere nominato un difensore giudiziario. La LOPIVI ha sviluppato questa figura, stabilendo che i minori vittime di violenza sono legittimati a difendere i propri diritti e

interessi nei procedimenti giudiziari, sia attraverso i propri rappresentanti legali sia attraverso un difensore legale. Lo Statuto delle vittime (EV) amplia i casi in cui può essere nominato un difensore giudiziario, includendo i casi in cui i rappresentanti legali hanno un conflitto di interessi con la vittima, quando uno dei genitori non può esercitare adeguatamente le proprie funzioni di rappresentanza o quando la vittima non è accompagnata dai genitori o dai tutori.

Sebbene l'articolo 191.1 c.p. e le norme citate facciano riferimento ai minori di 18 anni, il Codice penale fissa l'età del consenso sessuale a 16 anni. A mio avviso, sarebbe discutibile riconoscere la capacità di consenso a persone di età compresa tra i 16 e i 18 anni, ma negare loro la capacità di decidere se presentare una denuncia. In questo senso, il rappresentante legale potrebbe presentare una denuncia senza il consenso del minore solo se quest'ultimo non ha la capacità di agire in questo ambito, cioè se ha meno di 16 anni.

Per quanto riguarda la denuncia delle persone con disabilità, è essenziale tenere presente che la situazione giuridica di queste persone è cambiata radicalmente in seguito all'approvazione della Legge 8/2021, che elimina l'incapacità e stabilisce misure di sostegno per l'esercizio della capacità giuridica. La rappresentanza legale è ora considerata l'ultima risorsa e vi si ricorre solo quando non esistono altre misure di sostegno sufficienti. In effetti, la tutela e la tutela di fatto sono configurate come misure di sostegno eccezionali. Solo in casi indispensabili il tutore o il tutore di fatto assumerà la rappresentanza della persona con disabilità.

Per quanto riguarda la legittimazione a sporgere querela, prima della riforma del 2021, il rappresentante legale poteva sporgere querela se la sentenza di inabilitazione lo consentiva. Tuttavia, se la vittima non era incapace di intendere e di volere, nessun familiare poteva sporgere denuncia, ma doveva farlo il Pubblico Ministero. Secondo il sistema attuale, la rappresentanza deve essere valutata dal giudice in ogni caso specifico, e solo il tutore o il tutore di fatto che ha riconosciuto questo potere può sporgere denuncia per conto della vittima. Se la vittima non è limitata nell'esercizio della sua capacità, può sporgere denuncia per proprio conto.

La LOPIVI ha anche introdotto miglioramenti per la situazione delle persone con disabilità nei procedimenti penali, come la possibilità di registrare le loro dichiarazioni

nella fase pre-processuale e l'implementazione della figura del difensore giudiziario. Tuttavia, alcuni criticano il fatto che le misure introdotte nel VE seguano un approccio "intuitivo-protezionistico" e non affrontino le esigenze specifiche delle persone con disabilità (in quanto equiparate ai minori). La legge 8/2021 intende affrontare questo problema introducendo la figura del facilitatore, che informa e consiglia la vittima con disabilità sul funzionamento del sistema giudiziario e sulla decisione di denunciare.

In breve, dopo la legge 8/2021, la persona con disabilità può presentare un reclamo da sola, con l'aiuto del facilitatore. Solo in casi eccezionali, quando c'è un tutore o un curatore di fatto che ha questo potere, il rappresentante legale può avviare il processo. Inoltre, un tutore legale può essere nominato in caso di conflitto di interessi. Ciò non pregiudica il fatto che la Procura della Repubblica possa avviare il procedimento se la vittima è una persona disabile che necessita di una protezione speciale e non è in grado di sporgere denuncia per conto proprio.

L'articolo 191.1 c.p. stabilisce un regime speciale per il perseguimento dei reati sessuali quando la vittima è un minore, una persona con disabilità che necessita di una protezione speciale (NPE) o una persona indifesa. In questi casi, viene omesso il riferimento alla persona offesa e si stabilisce che "è sufficiente la denuncia della Procura". Tuttavia, questa formulazione solleva dubbi sulla natura obbligatoria o facoltativa dell'intervento del pubblico ministero, nonché sulla definizione di concetti chiave.

Per comprendere l'ambito di intervento del pubblico ministero, è essenziale definire i concetti di "persona con disabilità NPE" e "persona disabile". L'articolo 25 del Codice penale definisce la disabilità come una situazione in cui una "persona con menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali permanenti che, in interazione con varie barriere, possono limitare o impedire la sua piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri". In secondo luogo, si considera persona con disabilità NPE "la persona con disabilità che, indipendentemente dal fatto che la sua capacità di agire sia stata o meno modificata giudizialmente, necessita di assistenza o supporto per l'esercizio della capacità giuridica e per prendere decisioni riguardanti la sua persona, i suoi diritti o i suoi interessi a causa delle sue deficienze intellettuali o mentali permanenti". La Procura deve effettuare una valutazione materiale delle capacità della

vittima per determinare se le sue menomazioni influiscono sulla sua capacità di decidere di presentare una denuncia.

D'altra parte, il concetto di "persona indifesa", di origine ottocentesca, si riferisce a persone in una situazione di impotenza che impedisce loro di avviare un procedimento penale. Sebbene la dottrina ne critichi la vaghezza, si ritiene che sia utile per includere casi non coperti dalla definizione di persona con disabilità NPE, come gli anziani in situazioni di vulnerabilità. Si discute se il concetto possa essere esteso alle vittime decedute, anche se questa interpretazione è alquanto forzata. Tuttavia, non tutte le donne vittime di violenza di genere dovrebbero essere automaticamente considerate indifese, poiché alcuni definiscono l'impotenza come "situazione emotiva delicata" e questo potrebbe portare a perseguire d'ufficio la maggior parte dei reati sessuali.

Una volta definiti questi concetti, si pone la questione se l'intervento della Procura sia obbligatorio o facoltativo nel caso di minori, persone con disabilità NPE o disabili. Sebbene la seconda clausola dell'articolo 191.1 c.p., affermando che "è sufficiente una denuncia", suggerisca che l'azione penale debba essere esercitata d'ufficio, si discute se il Pubblico Ministero sia obbligato a denunciare in tutti i casi. Alcuni sostengono che il pubblico ministero possa non denunciare se lo ritiene conveniente per gli interessi della vittima, e criticano la mancanza di una menzione esplicita della ponderazione degli interessi. Altri sostengono che l'assenza di tale menzione implica che il pubblico ministero debba sempre denunciare, rendendo pienamente pubblici i reati sessuali quando colpiscono le vittime.

Tuttavia, l'interpretazione più corretta è che "sarà sufficiente la denuncia" si riferisce al modo di avviare il processo, non all'obbligatorietà di farlo. L'articolo 105 della LECrim e la prassi della Procura di Stato confermano la natura facoltativa della denuncia del pubblico ministero, che richiede la ponderazione degli interessi. La Procura ha chiarito che gli interessi delle vittime devono essere presi in considerazione e che, in caso di dubbio, si ricorrerà a una consulenza professionale. In pratica, ci sono casi in cui la Procura ha presentato denunce anche contro la volontà dei rappresentanti legali delle vittime.

In conclusione, i reati di violenza sessuale e molestie non sono interamente pubblici, poiché il pubblico ministero deve sempre considerare gli interessi delle vittime

prima di sporgere denuncia. Il regime speciale dell'articolo 191.1 c.p. cerca di proteggere le vittime più vulnerabili, ma l'intervento del pubblico ministero non è automatico. È necessaria un'attenta valutazione di ogni caso, dando sempre la priorità agli interessi della vittima.

Infine, è importante considerare l'articolo 191.2 c.p., erede dell'ex articolo 443, che stabilisce il divieto di perdono da parte della parte offesa nei reati sessuali. Sebbene la formulazione dell'articolo possa far pensare che il divieto di perdono sia limitato ai reati di aggressione e molestie sessuali, la realtà è che il perdono della vittima è inefficace in tutti i reati contro la libertà sessuale. Questo perché l'articolo 130 del Codice penale, che regola il perdono nella parte generale del Codice, stabilisce che il perdono della parte offesa estingue la responsabilità penale solo nei reati minori che possono essere perseguiti su richiesta della persona offesa o quando la legge lo prevede. Poiché i reati contro la libertà sessuale non sono reati minori, il perdono della vittima non trova spazio in essi.

L'inserimento esplicito del divieto di indulto nell'articolo 191.2, sebbene ridondante, è giustificato dalla volontà del legislatore di rompere con la tradizione storica del diritto penale spagnolo, che riconosceva l'efficacia dell'indulto per questi reati (come abbiamo visto nel capitolo III). Questo divieto conferma la natura semipubblica dei reati di violenza sessuale e molestie: sebbene la vittima abbia il potere di avviare un procedimento penale attraverso la denuncia, una volta avviato il processo sfugge al suo controllo. La vittima non può "ritirare la denuncia" o concedere la grazia.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è stata chiara al riguardo, stabilendo che il perdono della parte offesa non estingue l'azione penale. Una volta iniziata la fase dell'azione penale, il giudice è tenuto a emettere la sentenza, sia essa di condanna o di assoluzione. Tuttavia, la grazia può avere effetti sulla responsabilità civile se implica la rinuncia al relativo risarcimento. Eccezionalmente, l'indulto può essere preso in considerazione anche nel caso di condoni.

La dottrina ha accolto con favore il divieto di grazia, anche se alcune voci hanno difeso la sua utilità in alcuni casi, sostenendo che potrebbe dare un ruolo più attivo alle vittime nel processo penale. Tuttavia, la posizione maggioritaria è che il divieto di grazia protegge le vittime da possibili pressioni e garantisce il perseguimento di questi reati, indipendentemente dalla successiva volontà della vittima.

CAPITOLO CINQUE. IL DIRITTO PENALE PUBBLICO E LA VIOLENZA SESSUALE: UN'ANALISI DALLA PROSPETTIVA FEMMINISTA

Questo capitolo esamina gli argomenti a favore e contro la perseguibilità d'ufficio della violenza sessuale. Entrambe le tesi sono analizzate insieme, poiché spesso si riferiscono allo stesso aspetto del problema, rispetto al quale assumono posizioni opposte. Oltre ai ragionamenti tradizionalmente formulati dalla dottrina penale, è stato studiato lo stato della discussione all'interno del movimento femminista, e si è visto che anche questa non è una questione pacifica.

1.- Privatizzazione del sistema giudiziario penale

I meccanismi di perseguibilità privata, che consentono alla vittima di influenzare il perseguimento dei reati, sono stati criticati dalla dottrina, che li ritiene incompatibili con la natura pubblica del diritto penale. Si sostiene che questi meccanismi implichino una parziale cessione del monopolio statale del potere punitivo e una confusione tra diritto penale e diritto civile, che serve interessi privati.

Questa distinzione tra reati pubblici e privati affonda le sue radici nell'Impero romano, dove si distingueva tra i reati che richiedevano un'indagine pubblica e quelli che dovevano essere risolti con la riparazione del danno. Tuttavia, nell'antica Roma non esisteva l'equivalente del pubblico ministero.

L'analisi storica dell'origine dell'azione penale e dell'ufficio del pubblico ministero è fondamentale per comprendere l'attuale dibattito sull'incriminabilità. Uno degli argomenti più frequentemente utilizzati contro l'influenza delle vittime nel perseguimento dei reati è che ricorda un "diritto penale preistorico", equiparando la perseguibilità a mezzo di denuncia o querela alla vendetta privata.

Nelle società germaniche, dove non esisteva l'azione pubblica, i conflitti venivano risolti tra clan, senza considerare gli interessi delle singole vittime (non era quindi l'"età dell'oro" delle vittime). È nel Medioevo che viene introdotta l'azione pubblica, con l'obiettivo di concentrare il potere nelle mani dei signori feudali e dei monarchi. La figura del rappresentante del sovrano, equivalente al pubblico ministero, e l'idea che il reato offendesse lo Stato oltre che la vittima. Il danno era raddoppiato.

Nel caso dei reati sessuali, sebbene nel Medioevo fossero considerati un attacco all'onore delle famiglie, i monarchi si opposero alla vendetta privata, limitando i duelli e le sfide. Tuttavia, la normativa sulla perseguibilità è stata adattata a quella attuale solo all'inizio del XIX secolo con l'avvento della codificazione.

Con l'Illuminismo si consolida la scienza criminale moderna, che neutralizza la vittima e accentua il binomio Stato-carnefice. La teoria del contratto sociale giustificava l'"espropriazione" del conflitto dalla vittima, intendendo il crimine come una violazione del contratto sociale e la punizione come un modo per proteggere la collettività.

Ancora oggi si ritiene che il diritto penale regoli il rapporto tra il reo e lo Stato e che la tutela degli interessi giuridici individuali avvenga nell'interesse della collettività. Questa visione giustifica il perseguimento dei reati d'ufficio, indipendentemente dalla volontà della vittima.

Tuttavia, un'analisi dell'ufficio del pubblico ministero a partire dal XVIII secolo rivela un importante cambiamento. Il pubblico ministero illuminista non rappresenta il potere del sovrano, ma supervisiona il lavoro dei giudici e garantisce il rispetto della legge. Questa concezione consente al pubblico ministero di prendere posizione a favore dell'imputato, se ciò è richiesto dalla legge.

In questo contesto, viene sollevata la possibilità di un sistema di giustizia penale che non persegua tutti i reati d'ufficio, senza negare la natura pubblica del diritto penale. Si sostiene che anche la tutela dei diritti delle vittime è un interesse pubblico e che i meccanismi di perseguimento a querela non sono necessariamente una "privatizzazione" della giustizia penale.

Secondo questo punto di vista, il dibattito sull'esercizio dell'azione penale d'ufficio o su richiesta della vittima non contrappone un interesse privato a un interesse pubblico, ma piuttosto due interessi pubblici: il diritto alla privacy e alla dignità della vittima e la necessità di prevenire il crimine. La tutela di questi diritti individuali, sanciti dalla Costituzione spagnola, giustifica l'esistenza di meccanismi di accusa privata. La tesi di ALONSO RIMO, formulata negli anni '90, sostiene che la decisione di denunciare è un "mero strumento" per garantire la tutela dei beni essenziali. Oggi la vittima è stata "riscoperta" e il legislatore presta particolare attenzione alle sue esigenze. Tuttavia,

l'inserimento della vittima nel processo penale non implica un ritorno alla vendetta privata, ma piuttosto la richiesta di un sistema penale che protegga gli interessi della vittima e, allo stesso tempo, rispetti i diritti dell'autore del reato. Questa prospettiva è compatibile con la concezione garantista del diritto penale, che concepisce i diritti individuali come limiti al potere punitivo dello Stato.

In conclusione, i requisiti di perseguibilità non costituiscono una privatizzazione della giustizia penale, ma la difesa di un interesse pubblico di rilevanza costituzionale: la tutela dei diritti della vittima.

2.- Il diritto alla privacy e la vittimizzazione secondaria

L'eccezione alla procedibilità d'ufficio per i reati sessuali è stata tradizionalmente giustificata dalla necessità di proteggere l'onestà delle donne e di evitare lo *strepitus fori*. Tuttavia, dopo la riforma penale del 1989, che ha modificato l'oggetto della tutela in "libertà sessuale di tutti", è sorto un dibattito sulla necessità di mantenere l'azione penale privata. Un settore della dottrina si è espresso a favore del perseguimento pubblico dei reati sessuali, sostenendo che la denuncia della vittima perpetua gli stereotipi di genere e mantiene la violenza sessuale nella sfera privata. Altri, invece, hanno difeso la necessità di proteggere la privacy e il benessere psicologico della vittima, sostenendo che il procedimento penale potrebbe generare una vittimizzazione secondaria.

La giurisprudenza e la dottrina hanno iniziato a utilizzare l'argomento della privacy come giustificazione della perseguibilità privata, sottolineando che la decisione di denunciare incide direttamente sulla privacy della vittima. Inoltre, è stata sottolineata l'importanza di prevenire la vittimizzazione secondaria, intesa come gli effetti negativi del procedimento penale sulla vittima. Il diritto alla privacy è riconosciuto dall'articolo 18 della Costituzione spagnola e il benessere psicologico della vittima si basa sull'articolo 10 della Costituzione spagnola, che sancisce la dignità della persona e il libero sviluppo della personalità. Inoltre, è collegato a valori quali l'integrità morale e l'autostima.

I sostenitori dell'azione penale d'ufficio propongono misure alternative per proteggere la privacy ed evitare la vittimizzazione secondaria, come i processi a porte chiuse, il divieto di divulgare informazioni sull'identità della vittima e la formazione specializzata per i professionisti che si occupano delle vittime. Negli ultimi anni sono

state introdotte numerose misure per ridurre la rivittimizzazione, come la possibilità di registrare le dichiarazioni della vittima e la specializzazione dei tribunali in materia di violenza sessuale. Tuttavia, l'effettiva attuazione di queste misure richiede risorse; non è sufficiente che siano sancite dalla legge.

Nonostante gli sforzi del legislatore, la vittimizzazione secondaria rimane un problema nei procedimenti penali. La natura intima dei reati sessuali e la necessità di stabilire il consenso possono portare a domande che invadono la privacy della vittima. Inoltre, il divieto assoluto di porre determinate domande potrebbe violare il diritto alla difesa dell'imputato. Si propone quindi che le vittime siano adeguatamente informate sul funzionamento del processo penale e che si studino meccanismi per ridurre il ricorso alla loro testimonianza. Una formazione sensibile al genere per i professionisti della giustizia può aumentare la fiducia delle vittime nel sistema. Tuttavia, le concezioni sociali patriarcali influenzano l'amministrazione della giustizia, rendendo difficile eliminare completamente la rivittimizzazione.

In secondo luogo, questa sezione solleva la questione se la protezione della privacy e del benessere psicologico della vittima contribuisca a una migliore o peggiore protezione della libertà sessuale. La dottrina ha sostenuto che il requisito della denuncia è coerente con l'oggetto della tutela del reato, intendendo la libertà sessuale come il potere delle persone di determinarsi autonomamente nell'area della sessualità.

La libertà sessuale ha un aspetto positivo, che permette di decidere con chi e come avere rapporti sessuali, e un aspetto negativo, che permette di rifiutare atti sessuali proposti da un'altra persona. La Legge organica 10/2022, sulla garanzia globale della libertà sessuale, nota come legge "solo il sì è sì", ha ampliato il concetto di libertà sessuale per includere il diritto di autogestire la propria sessualità senza interferenze da parte di terzi.

In alcuni reati sessuali, come le molestie sessuali, la privacy e la dignità sono riconosciute come interessi legali protetti. In altri reati, come la prostituzione, si discute se la libertà sessuale sia l'unico oggetto di tutela e le teorie abolizioniste hanno proposto anche la privacy come diritto legale protetto. Nel caso di vittime minorenni o disabili, si è discusso se sia possibile parlare di "libertà sessuale" o se debba essere tutelata la "indennità sessuale", intesa come diritto a non subire alterazioni future nell'area della

sessualità. Esiste anche un settore dottrinale che ha difeso che in questo caso ciò che viene tutelato è la privacy dei minori o delle persone con disabilità.

In definitiva, la dottrina ha discusso se la privacy e il benessere psicologico siano beni giuridici indipendenti o se siano strettamente correlati alla libertà sessuale. Alcune autrici sostengono che la vittimizzazione secondaria sia una continuazione della vittimizzazione primaria, mentre altri li considerano danni separati. A mio avviso, sebbene gli interessi protetti dall'obbligo di denuncia siano diversi dall'oggetto della protezione del reato, sono strettamente legati ad esso. Pertanto, non possiamo "disgiungere" completamente l'interesse giuridico protetto dalla base della perseguibilità. Infatti, la condizione procedurale non solo protegge interessi "extra-penali" (la privacy e la dignità delle vittime), ma contribuisce anche, in qualche modo, a una migliore protezione della libertà sessuale. Come osserva giustamente DÍEZ RIPOLLÉS, questo diritto giuridico è profondamente legato al contenuto dell'autorealizzazione personale, cosicché l'affettività dell'intimità sessuale coinvolta nel procedimento penale è strettamente correlata all'oggetto della protezione del reato, il che ci porta a riconoscere che la perseguibilità a seguito di una denuncia è "coerente" e presuppone una "corretta comprensione" del reato.

3.- Pressioni e minacce alla vittima

Uno degli argomenti più frequenti contro le eccezioni di procedibilità d'ufficio per i reati sessuali è che possono incoraggiare la pressione sulla vittima affinché non denunci. Questo è stato il motivo che ha portato al divieto di indulto nel 1989, poiché si è osservato che questa figura sottoponeva le vittime a minacce e coercizioni. Tuttavia, alcuni settori dottrinali sostengono che queste pressioni ed estorsioni non sono scomparse con il divieto di grazia, ma sono state trasferite al momento della denuncia. Essi sostengono che l'azione penale privata o semi-privata incoraggia l'estorsione e il "marketing" della mancata denuncia. Pertanto, l'azione penale d'ufficio sarebbe l'unico modo per prevenire queste pratiche.

Tuttavia, a mio avviso, questo problema non dipende esclusivamente dal regime di azione penale. Anche con un'azione penale d'ufficio, le estorsioni potrebbero persistere.

I reati sessuali hanno spesso un'alta "cifra nera", poiché avvengono nella privacy e non arrivano alle autorità. Inoltre, anche se l'azione penale viene avviata, la vittima può cambiare la sua dichiarazione al processo, rendendo più difficile la condanna. Penalizzare la vittima per aver cambiato la sua dichiarazione porterebbe a un'ulteriore vittimizzazione secondaria. Si dovrebbe invece indagare se l'imputato sta minacciando la vittima (ci sono stati casi di violenza di genere in cui la vittima è stata condannata per non aver testimoniato contro l'aggressore).

La dottrina maggioritaria distingue tra il divieto di perdono e la perseguibilità tramite denuncia, sostenendo che hanno motivazioni politico-criminali diverse. La denuncia mira a proteggere la privacy e la dignità della vittima, mentre il divieto di perdono protegge da ricatti e pressioni. Tuttavia, alcune autrici vedono una continuità tra i due concetti. Alcuni sostengono l'azione penale d'ufficio, mentre altri propongono un ruolo più attivo per la vittima, consentendole di ritirarsi dal processo in qualsiasi momento. A mio avviso, è necessario ascoltare la volontà della vittima in merito al proseguimento del processo, pur senza ripristinare il perdono.

L'azione penale semipubblica offre una soluzione intermedia, consentendo la prosecuzione d'ufficio dell'azione penale dopo la presentazione della denuncia. Ciò evita la vittimizzazione secondaria e consente alla vittima di ritirarsi dal procedimento. Tuttavia, il problema probatorio rimane quando la dichiarazione della vittima è fondamentale. Misure come la registrazione delle dichiarazioni per il processo consentono alla vittima di ritirarsi e di assicurarsi le prove. Tuttavia, non eliminano le minacce alla vittima di testimoniare il proprio consenso.

L'articolo 191.1 consente al Pubblico Ministero di avviare un procedimento se la vittima non denuncia, valutando i "legittimi interessi in gioco". Ciò consente di controllare se la decisione della vittima è viziata da pressioni o estorsioni. Si tratta di un "potere di opportunità appositamente regolato" che tutela i diritti fondamentali della vittima. Tuttavia, il ricatto non giustifica l'intervento del pubblico ministero in ogni caso, ma la volontà della vittima deve prevalere. Inoltre, la vittima può avere motivi legittimi per non denunciare, come la ricerca di un risarcimento economico. Si critica l'idea che si tratti di una "compravendita" di perdoni, sostenendo che le vittime che preferiscono un risarcimento a una pena detentiva non dovrebbero essere messe in discussione.

4. - *La gravità del crimine e la necessità di prevenire la criminalità*

Il dibattito sull'intervento punitivo nei reati sessuali è spesso incentrato su due argomenti principali: la prevenzione di futuri reati e la loro gravità. Chi si oppone a lasciare la decisione alla vittima sostiene che l'assenza di azioni penali influisce negativamente sulla prevenzione e che la gravità dei reati sessuali richiede una risposta forte da parte dello Stato.

L'esistenza di requisiti di perseguibilità ha un impatto diretto sulle finalità preventive del diritto penale. In termini di prevenzione generale negativa, l'assenza di azione penale trasmette un messaggio di impunità, compromettendo l'effetto deterrente della pena. Anche la prevenzione generale positiva ne risente, poiché la società dubita della capacità del sistema di imporre sanzioni efficaci. Anche la prevenzione speciale è compromessa, poiché la mancanza di azioni penali può incoraggiare le autrici a ripetere le loro azioni. Si sostiene che gli autori abituali di reati sessuali traggano vantaggio dalla sotto denuncia, che consente loro di continuare ad aggredire le stesse vittime o altre vittime.

Secondo la dottrina maggioritaria, nella ponderazione degli interessi che la Procura deve effettuare, la recidiva dell'autore del reato dovrebbe essere un fattore determinante. In altre parole, la protezione delle vittime potenziali prevale sulle esigenze della singola vittima in caso di recidiva. Tuttavia, come ha giustamente sottolineato ALONSO RIMO, la prevenzione del crimine deve essere limitata dai diritti e dalle libertà individuali. In un diritto penale garantista, gli individui non possono essere strumentalizzati a fini sociali. I diritti fondamentali della vittima, come la privacy e la dignità, devono prevalere sulle esigenze di prevenzione.

Il Codice penale, in quanto "rovescio della Costituzione", deve prevenire il crimine in modo conforme ai valori della società. L'intervento penale d'ufficio non deve ledere i diritti della vittima in modo sproporzionato. La prevenzione della violenza sessuale richiede educazione e consapevolezza sociale. Essendo un problema strutturale, è necessario affrontarne le cause profonde, che non possono essere affrontate attraverso il sistema giudiziario penale.

In termini di prevenzione speciale, la convinzione che gli autori di reati sessuali siano altamente recidivi non corrisponde ai dati empirici. Tuttavia, il numero nero di reati sessuali potrebbe nascondere una recidiva più elevata. Tuttavia, i diritti fondamentali della vittima non possono essere violati in nome della prevenzione. A mio avviso, un'azione penale indiscriminata che viola i diritti fondamentali delle vittime non è giustificata, nemmeno in caso di precedenti penali.

D'altra parte, la gravità dei reati sessuali è un forte argomento a favore della perseguibilità d'ufficio. C'è una mancanza di coerenza nel Codice penale, che persegue d'ufficio altri reati gravi, ma richiede la denuncia per i reati sessuali. C'è anche incoerenza tra i reati sessuali stessi, in quanto alcuni sono perseguiti d'ufficio e altri no. È sorprendente che i reati minori siano più facilmente perseguiti rispetto a quelli più gravi. Inoltre, i casi meno gravi di violenza contro le donne sono perseguiti d'ufficio dal diritto penale.

Un settore della dottrina ha sostenuto che il requisito della denuncia consente alla vittima di valutare la gravità del reato. In reati come le molestie, la denuncia può essere necessaria per determinare il concorso degli elementi tipici. In relazione a questo tema, nella dottrina italiana c'è chi basa la procedibilità a richiesta della vittima sulla necessità che questa valuti la gravità del reato. Alcune autrici hanno paragonato il requisito della denuncia al consenso sessuale. Tuttavia, questa logica è discutibile perché le vittime possono avere molteplici ragioni per non denunciare e la loro decisione non dovrebbe essere interpretata come una minimizzazione della gravità del reato o come un'indicazione di consenso.

In breve, non esiste necessariamente una continuità tra l'oggetto della tutela del reato e l'oggetto della tutela della perseguibilità. La decisione di non esercitare l'azione penale non implica che il reato non fosse grave o che ci fosse il consenso.

5.- I femminismi di fronte alla persecuzione pubblica della violenza sessuale.

Il dibattito sulla perseguibilità dei reati sessuali va oltre la sfera giuridica e si estende all'ambito sociologico e politico. In seguito alla riforma penale del 1989, si è sostenuto che il perseguimento pubblico di questi reati fosse essenziale per raggiungere

la parità di genere, poiché l'obbligo di denuncia perpetuava l'idea che questi problemi dovessero essere risolti in privato.

Come sviluppato nel primo capitolo, gli standard internazionali e la relatrice delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne hanno sostenuto questo punto di vista, osservando che la denuncia delle vittime trasmette il messaggio sbagliato che la violenza sessuale è una questione privata. In Spagna, i gruppi legali femminili hanno lamentato che la riforma del 2022 non ha eliminato la necessità di denunciare, sottolineando che la violenza sessuale è un problema sociale che richiede una risposta collettiva.

Tuttavia, il femminismo non è un movimento omogeneo. Esistono diverse correnti con posizioni differenti sull'intervento penale, il che riflette la complessità del dibattito. È fondamentale analizzare le diverse "criminologie femministe" per comprendere le diverse prospettive e proposte.

In Europa, il femminismo è emerso nel XVIII secolo, contestando l'esclusione delle donne dai diritti di "uomo e cittadino". Come è noto, fino a poco tempo fa la violenza di genere era percepita come "naturale". La divisione tra pubblico e privato relegava le donne nella sfera domestica, negando loro il diritto alla sessualità e rafforzando la loro subordinazione.

Il femminismo liberale cercava l'uguaglianza formale attraverso riforme legali, mentre il *femminismo radicale*, con lo slogan "il personale è politico", denunciava i rapporti di potere nella famiglia e nella sessualità. Per quest'ultimo settore del movimento, il patriarcato era concepito come un sistema di dominazione sessuale che permeava tutte le sfere della vita, da quella intima a quella pubblica.

Il femminismo culturale, guidato dal movimento anti-pornografia negli Stati Uniti, concepisce la sessualità maschile come aggressiva e quella femminile come passiva. L'eterosessualità era vista come intrinsecamente violenta e lo stupro come la massima espressione del dominio patriarcale. Questo approccio ha influenzato gli standard internazionali sulla violenza contro le donne, promuovendo politiche punitive e proibizioniste. Tuttavia, questa visione è stata criticata per il suo essenzialismo e per aver relegato le donne allo status di vittime perpetue

In Spagna, anche il *femminismo dell'uguaglianza* ha svolto un ruolo rilevante, difendendo l'emancipazione attraverso le istituzioni e promuovendo riforme legali per garantire la parità di diritti. Il femminismo culturale in Spagna si è trasformato in *femminismo della differenza*, che ha rivendicato i valori femminili e la riappropriazione del corpo, cercando una propria identità femminile. Insieme al femminismo dell'uguaglianza, ha promosso politiche securitarie e punitive per combattere la violenza di genere. Esiste però anche un femminismo critico che diffida del sistema penale, considerandolo una struttura patriarcale che perpetua la violenza. Si tratta dei *femminismi garantisti e abolizionisti della questione penale* (che chiamiamo anche *anti-punitivisti*), che cercano alternative alla criminalizzazione, incentrate sulla comunità e sulla riparazione del danno.

I movimenti femministi che ricorrono al diritto penale cercano di utilizzare la sua funzione simbolica per trasmettere valori sociali e denunciare la violenza maschile. Il perseguimento d'ufficio, si sostiene, elimina la colpevolizzazione delle vittime e pone fine all'impunità degli aggressori. Tuttavia, è importante tenere presente che il sistema di giustizia penale individua le responsabilità, decontestualizzando la violenza maschile e nascondendone la natura sistemica. Inoltre, il "paradosso della vulnerabilità" può perpetuare l'immagine delle donne come soggetti deboli, rafforzando gli stereotipi di genere e limitando la loro autonomia.

Come abbiamo notato anche nel Capitolo I, la LOGILS propone una "doppia vittimizzazione", individuale e collettiva, concependo la violenza sessuale come un attacco contro tutte le donne. Questa visione giustifica l'azione penale d'ufficio, ma è stata criticata per aver offuscato il carattere individuale del diritto legale protetto e per aver omogeneizzato l'esperienza delle vittime. A questo proposito, il femminismo antipunitivo e intersezionale mette in discussione l'omogeneità del collettivo femminile, sottolineando le differenze di classe, razza, orientamento sessuale, ecc. L'azione penale d'ufficio universalizza l'esperienza delle vittime, ignorando i loro bisogni specifici e il rischio di rivittimizzazione istituzionale.

Il dibattito sulla perseguibilità pone il dilemma tra intervento dello Stato e autonomia delle vittime. Il femminismo radicale e culturale mette in discussione la libertà delle donne sotto il patriarcato, mentre altre correnti ne difendono l'*agency* e

l'autodeterminazione. Il femminismo della terza ondata critica la perpetua vittimizzazione delle donne e difende il loro diritto all'autodeterminazione. Cerca un equilibrio tra la denuncia della violenza strutturale e il rispetto dell'autonomia delle vittime.

Questa sezione della tesi di dottorato riflette la diversità del femminismo e la complessità della lotta contro la violenza maschile. È necessario un femminismo intersezionale che riconosca le molteplici forme di oppressione e dia potere alle vittime, rispettando la loro autonomia e i loro bisogni specifici.

6.- Gli interessi delle "vittime" in altri reati semipubblici

L'esistenza di requisiti di perseguibilità nel Codice penale è talvolta giustificata da semplici ragioni di economia processuale. In altre parole, l'obbligo di denuncia viene stabilito perché il legislatore ritiene che non sia necessario attivare la macchina penale nel caso di reati di bassa gravità per i quali la parte lesa non richiede una pena.

Tuttavia, i reati sessuali non sono gli unici in cui si fa riferimento alla necessità di preservare la privacy delle vittime e di evitare la loro rivittimizzazione. Infatti, nell'ambito dei reati contro la privacy (artt. 197 e seguenti), si afferma che la condizione di ammissibilità è dovuta alla "natura eminentemente personale del diritto giuridico tutelato", che potrebbe essere nuovamente danneggiato dall'azione pubblica. Allo stesso modo, nel reato di procreazione assistita senza il consenso della donna (art. 161 CP), si fa riferimento agli interessi altamente personali coinvolti e si ritiene che un'azione penale d'ufficio potrebbe ledere la privacy della vittima e altri interessi sociali e familiari che si ritiene debbano prevalere sulla sanzione penale. È stato anche detto, in una linea coincidente, che la privacy del bambino non ancora nato è protetta. Nell'abbandono della famiglia (artt. 226 e 227 c.p.) si allude anche a motivi di "intimità familiare" e, più recentemente, alcune autrici hanno sottolineato che questo è il fondamento dell'obbligo di denuncia per il reato di stalking (art. 172 ter).

Come si è detto, nell'ambito della violenza di genere e domestica, l'obbligo di presentazione della querela è stato eliminato per alcuni reati in cui è prevista (reati minori di lesioni, minacce e coercizione, nonché il reato di stalking). L'obiettivo della pubblicizzazione dell'azione penale in questo ambito è quello di offrire alle vittime "un

livello di protezione più elevato". Tuttavia, nei reati contro la privacy e nei reati di aggressione e molestia sessuale, nonostante l'introduzione di reati aggravati nei casi di GBV (art. 197.7 in fine e art. 180.1. 4.ª CP), è stato mantenuto il requisito della perseguibilità. A mio avviso, è possibile che questo trattamento differenziato sia dovuto al fatto che in questi reati si ritiene ancora che la privacy delle vittime debba prevalere sull'interesse dello Stato nel perseguire e punire i reati. In altre parole, si ritiene che in questi casi un'azione pubblica per "proteggere meglio" le vittime di GBV potrebbe portare a una violazione eccessiva dei loro diritti fondamentali.

In relazione a quest'ultimo aspetto, va segnalata una recente sentenza della Corte Costituzionale in cui si è valutato se l'azione penale d'ufficio possa comportare un impatto sproporzionato sul diritto alla privacy delle vittime: la già citata STC 75/2024, dell'8 maggio, che risolve il ricorso di incostituzionalità presentato dal Gruppo parlamentare Vox contro il nuovo reato di molestie antiabortiste di cui all'articolo 172 *quater* del CP. Tra i motivi del ricorso, si sostiene che l'azione penale pubblica stabilita nella quinta sezione del suddetto precetto è incostituzionale perché lede la privacy delle vittime, che possono preferire l'anonimato.

La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionale il quinto comma dell'articolo *172 quater*, ma per farlo ha utilizzato argomenti alquanto strani. In primo luogo, assume che "il perseguimento d'ufficio della condotta punibile in questo caso può eventualmente comportare un impatto sul diritto alla privacy della vittima". Poi, ritiene che si debba analizzare se questo "sacrificio" sia proporzionato in termini di raggiungimento della tutela di un interesse superiore, ovvero effettua un giudizio di proporzionalità e afferma che, per valutare se la violazione del diritto alla privacy sia costituzionale, deve soddisfare i seguenti requisiti: essere "fondata su una disposizione legale che abbia una giustificazione costituzionale", essere "necessaria per raggiungere uno scopo legittimo", essere "proporzionata per raggiungerlo" e, inoltre, essere rispettosa del contenuto essenziale del diritto.

Molto interessante è anche la giustificazione data dalla Corte Costituzionale sull'interesse pubblico da tutelare con il perseguimento e la punizione delle molestie antiabortiste, in quanto riprende uno degli argomenti utilizzati dalle femministe che chiedono di perseguire d'ufficio la violenza sessuale: "Sebbene il perseguimento d'ufficio della condotta punibile in questo caso possa eventualmente comportare un impatto sul

diritto alla privacy della vittima che, per qualsiasi motivo, ha deciso di non denunciare e, quindi, di non esporre la sfera delle sue esperienze relative alla decisione di esercitare il suo diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, questo sacrificio è giustificato dall'interesse pubblico all'accertamento del reato e perché il libero esercizio del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza non ha una dimensione strettamente privata ma anche una proiezione generale legata alla garanzia, come già spiegato, del pari godimento, tra uomini e donne, del diritto alla salute sessuale e riproduttiva, in un contesto sociale in cui l'esercizio di questo diritto da parte delle donne incontra ancora difficoltà strutturali".

In questo modo, il TC giustifica il "sacrificio" degli interessi di vittime specifiche a favore degli interessi delle "donne", perché privilegia la difesa di interessi collettivi (l'uguaglianza di genere in un contesto sociale di discriminazione) rispetto agli interessi individuali delle donne che si recano nelle cliniche per abortire. Inoltre, si basa sull'idea che il ricorso penale sia il modo più adatto per garantire il libero esercizio del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza. Infine, la Corte Costituzionale ha sostenuto che non è necessario procedere dopo la presentazione di una denuncia perché esistono già altre misure nelle norme procedurali che garantiscono il diritto alla privacy delle vittime. Questo serve a stabilire che l'intrusione nella privacy non è sproporzionata in senso stretto, e quindi l'azione penale d'ufficio sarebbe giustificata.

Ebbene, la verità è che tutto questo ragionamento sviluppato dalla CT per giustificare la costituzionalità della perseguibilità d'ufficio del reato non sarebbe stato necessario, in quanto si tratta della regola generale del nostro ordinamento e di una decisione legislativa legittima. Dello stesso parere è il giudice Ricardo Enríquez Sancho, che nella sua opinione dissenziente esprime la sua preoccupazione per le argomentazioni avanzate dalla maggioranza e ritiene che la dottrina costituzionale derivata da questa sentenza sia "scorretta e pericolosa", per le conseguenze che può comportare.

In primo luogo, perché se si afferma che l'interesse pubblico al perseguimento e alla punizione dei reati deve prevalere sul diritto alla privacy delle vittime, e se quest'ultimo non è più percepito come un bene inalienabile e non ponderabile, la base costituzionale che abbiamo difeso per l'esercizio dell'azione penale su richiesta della vittima nel caso di reati di violenza sessuale e molestie svanirà. In realtà, se l'azione penale

su richiesta della vittima dovesse essere perseguita d'ufficio, non sarebbe necessario abrogare l'articolo 191.1 c.p., ma sarebbe sufficiente che i pubblici ministeri interpretassero che, nella ponderazione degli interessi in gioco prevista dal precetto, l'interesse punitivo sarà comunque più rilevante dell'interesse della vittima. Inoltre, in questa sentenza si nota espressamente come quest'ultima venga sacrificata per raggiungere fini sociali più elevati, strumentalizzando le donne che subiscono violenza al fine, si sostiene, di migliorare la situazione di tutte le altre.

In secondo luogo, perché sembra che il test di proporzionalità venga utilizzato per soppesare il diritto alla privacy rispetto al "diritto" dello Stato di garantire penalmente la possibilità di abortire senza subire alcun tipo di pressione durante il processo. A mio avviso, il punto di partenza è sbagliato nel ritenere che il modo migliore per garantire il libero esercizio del diritto all'aborto sia la tutela penale, mentre è proprio la tutela della privacy delle donne che vogliono abortire che contribuisce a garantire meglio il diritto, come ha sottolineato l'OMS. Al contrario, il perseguimento penale d'ufficio delle molestie antiabortiste non protegge le donne che si rivolgono alle cliniche per l'aborto, che possono trovarsi in situazioni complesse che le costringono ad abortire in modo riservato. La criminalizzazione, ancora una volta, sembra risolvere il problema, ma rimane simbolica e può portare più disagi che soluzioni alle vittime. Immaginiamo, ad esempio, che un procedimento penale contro un gruppo antiabortista accusato del reato di cui all'art. 172 quater venga mediatizzato e che un'orda di utenti pro-life inizi a rimproverare la vittima attraverso i social network. È sorprendente che il legislatore e il TC considerino questa la misura "più adatta" per garantire il diritto delle donne ad abortire e che arrivino ad affermare che non ci sono altre soluzioni possibili.

Alcune delle obiezioni sollevate nell'opinione dissenziente coincidono con le critiche della dottrina che si oppone all'esistenza di obblighi di tutela penale (Capitolo I). Si teme infatti che, attraverso questo tipo di supervisione delle riforme penali, l'organo costituzionale finisca per riscrivere il Codice Penale, cosa alquanto discutibile se si considera che non gode della legittimità democratica che spetta solo al potere legislativo. Come sottolinea il magistrato dissenziente, questa risoluzione converte "legittime opzioni legali" in "imperativi costituzionali". La CT avrebbe dovuto limitarsi a ricordare che il regime di azione penale scelto rientra nel "margine di apprezzamento" del legislatore, che gli consente di "privilegiare l'interesse pubblico nel perseguire questo tipo di reato per

legittime ragioni di opportunità che questa corte non dovrebbe giudicare o soppiantare", ma senza rendere obbligatoria l'azione penale pubblica.

Questa critica è la cosiddetta "obiezione democratica" all'esistenza di obblighi di protezione penale. Tuttavia, è possibile formulare anche un'"obiezione liberale" contro questa costruzione della CT, poiché in questa sentenza viene abbandonata la prospettiva tradizionale dei diritti fondamentali come limiti allo *ius puniendi*, in quanto non viene valutata l'eventuale violazione dei diritti fondamentali dell'imputato, bensì la protezione delle vittime. Tuttavia, queste ultime non sono le donne specifiche che si recano nelle cliniche e subiscono le molestie, ma piuttosto le "donne" come gruppo (quelle che potenzialmente desiderano abortire). In questo modo, si verifica una svolta di 180º nella logica dei diritti fondamentali, che da protezione dell'individuo contro il potere punitivo diventano diritti di protezione della società attraverso lo stesso.

In breve, stabilire l'azione penale pubblica come unico modo (idoneo, necessario e proporzionato) per tutelare il libero esercizio del diritto all'aborto, nonché affermare che questo interesse pubblico deve prevalere sugli interessi delle vittime del reato, ha importanti conseguenze sulla giustificazione degli strumenti dell'azione penale privata. Se si ritiene che le molestie antiabortiste debbano essere perseguite d'ufficio, perché non anche il reato di stalking di cui all'art. 172 ter o il nuovo reato di molestie di strada di cui all'art. 173.4 del PC? Queste differenze nei requisiti di perseguibilità dei diversi tipi di molestie rappresentano una mancanza di coerenza sistematica.

D'altra parte, ci si chiede se questa dottrina possa essere applicata al nostro oggetto di studio o se, al contrario, gli interessi della vittima di un reato di aggressione o molestia sessuale abbiano un peso maggiore di fronte a un'azione penale rispetto a quelli delle vittime di un reato di molestie anti-aborto. Se guardiamo alla base dell'art. 191.1 c.p., si potrebbe sostenere che l'intimità sessuale è diversa dall'intimità che sarebbe protetta da un eventuale processo semi-pubblico per molestie anti-aborto. Tuttavia, ciò che è certo è che i diritti legali che vengono tutelati in entrambi i casi hanno una forte connessione con il diritto alla privacy e con i già citati "contenuti altamente personali di autorealizzazione personale", allo stesso modo di quanto accade nel reato di procreazione assistita senza il consenso della donna di cui all'art. 161 PC. Come abbiamo indicato all'inizio di questa sezione, l'obbligo di denuncia di cui all'art. 161.2 c.p. protegge la privacy della vittima e

del nascituro, oltre ad altri interessi sociali e familiari. Perché la privacy della vittima e del nascituro è meno importante nell'art. 172 quater? Immaginiamo che, alla fine, la donna che si reca in clinica decida di non abortire: non dovrebbe essere considerata anche la privacy del nascituro? Il parallelo tra l'articolo 172 quater e l'articolo 161 è evidente, poiché entrambi proteggono le decisioni riproduttive delle donne. Tuttavia, quando la procreazione assistita viene eseguita senza il consenso della vittima, la decisione di perseguire o meno il colpevole è lasciata alla vittima per proteggere la sua privacy, mentre quando le donne sono costrette a non abortire, il perseguimento del colpevole è pubblico in ogni caso.

Per tutte queste ragioni, concordo con il giudice dissenziente quando afferma che, dichiarando la costituzionalità dell'art. 172 quater in questo strano modo, dichiara indirettamente l'incostituzionalità degli artt. 191.1 e 161.2 c.p. Infatti, se ciò che è costituzionale è l'azione penale d'ufficio, la non perseguibilità implicherebbe una violazione degli obblighi di tutela penale, in quanto si tradurrebbe in una mancanza di tutela per "le vittime" che non sarebbe giustificata da ragioni di privacy (e tanto meno da altre ragioni che la specifica vittima potrebbe avere).

In breve, l'obiettivo di questa tesi è quello di aprire un dibattito sul fatto che sia davvero meglio ignorare la volontà delle donne e optare per il processo pubblico per i reati commessi contro di loro. Questa è la tendenza del legislatore degli ultimi anni, che persegue d'ufficio la violenza di genere, proibisce il ricorso a processi di mediazione penale per questi reati e ha eliminato la possibilità per le vittime di avvalersi del diritto di non testimoniare contro i familiari (Capitolo II). Se la violenza sessuale è considerata una forma di violenza contro le donne, il trattamento riservato alle vittime di questo tipo di reato finirà per essere lo stesso. Un esempio di ciò si trova nella LOGILS, che ha modificato l'articolo 3 del VE e ha esteso il divieto di mediazione alle vittime di violenza sessuale. Non è chiaro perché l'articolo 191 c.p.

non sia stato modificato in questo contesto: o è passato inosservato, o si è capito che ci sono ancora ragioni sufficienti per rispettare gli interessi delle vittime. In ogni caso, la perseguibilità è una questione che ha ricevuto poca attenzione e su cui si dovrebbe riflettere.

Il diritto penale e la concezione sociale della sessualità continuano a essere patriarcali, per cui il perseguimento pubblico della violenza sessuale significherebbe strumentalizzare le vittime per raggiungere un fine sociale, che non può essere accettato in una prospettiva garantista. La soluzione non può prevedere il sacrificio degli interessi delle singole donne, compreso il loro diritto fondamentale alla privacy, per raggiungere un presunto bene superiore, che va certamente perseguito (l'uguaglianza delle donne a tutti i livelli e la loro protezione contro la violenza sessuale), ma che può essere meglio raggiunto attraverso altri tipi di misure.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral estudia la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales, regulada en el artículo 191.1 del Código Penal, un precepto situado entre las disposiciones comunes del Título VIII que ha recibido hasta ahora una escasa atención por parte de la doctrina penal, quizá porque tradicionalmente ha sido percibido como una cuestión propia del Derecho procesal. No obstante, un estudio detallado del fundamento de este instituto revela que es un tema que guarda una estrecha relación con cuestiones centrales de Derecho penal sustantivo, como cuáles son los fines del castigo o qué significa incorporar la perspectiva de género en la configuración y aplicación de las penas.

El debate en torno a si el artículo 191.1 del CP debería ser derogado, de manera que los delitos de agresión y acoso sexuales se conviertan en delitos públicos o si, por el contrario, hay razones que aconsejan dejar la decisión sobre el inicio del proceso en manos de la víctima, viene de antiguo. Pero ha recobrado actualidad con ocasión de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (conocida como "Ley del solo sí es sí"). Como ha señalado SMART, el Derecho es una estrategia creadora de género[1], y esta ley en concreto, que pretende proteger a "las mujeres" frente a "las violencias sexuales", construye un discurso muy determinado sobre este fenómeno (y que, paradójicamente, puede contribuir a consolidar una imagen sobre la sexualidad femenina y masculina que precisamente pretende modificar). Según el Preámbulo de esta norma, las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino que obedecen a una problemática estructural, por lo que "la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado". Sin embargo, la LO 10/2022 no ha modificado el art. 191.1 CP: los delitos de agresión y acoso sexuales siguen exigiendo la denuncia de la víctima para poder ser perseguidos.

El mantenimiento de este requisito parece contradecir el espíritu de la reforma de 2022, que concibe la violencia sexual como un problema social, y hay quienes consideran que se ha perdido una oportunidad magnífica para suprimir este artículo. Además, las

[1] SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en: LARRAURI, E. (Coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, p. 178. Desarrollaremos esta idea en el Capítulo V (VI.2).

obligaciones internacionales que España ha asumido en los últimos años se oponen a que la persecución de la violencia contra las mujeres dependa de la denuncia de la víctima. Por ello, en el Capítulo I se expondrán cuáles son estos mandatos internacionales y se estudiará hasta qué punto nuestra legislación los estaría infringiendo.

El objetivo del Capítulo II es situar el artículo 191 en el contexto del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para comprobar qué problemas comparte con otros delitos que también contemplan requisitos de perseguibilidad, y qué problemas son propios de este artículo, así como estudiar si conviven armónicamente o no la regulación procesal de la materia con lo dispuesto en los preceptos del Código penal. Para ello, se analiza en primer lugar la naturaleza jurídica de las condiciones de procedibilidad, ya que entenderlas como un asunto material o procesal tiene importantes efectos prácticos. En segundo lugar, se expone el régimen procesal de los delitos semipúblicos, así como de las dispensas de la obligación de denunciar y de declarar, y se clasifican las diferentes infracciones no perseguibles de oficio, prestando especial atención al tratamiento que ha recibido la violencia de género y doméstica, que es una clase de violencia muy relacionada con la violencia sexual. Por último, se estudia el papel que asumen las diferentes partes implicadas en la persecución de los delitos semipúblicos, haciendo especial referencia al principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal y su relación con la perspectiva de género.

El Capítulo III analiza la evolución histórica de la perseguibilidad de los delitos sexuales durante los siglos XIX y XX. Se verá que durante largo tiempo el fundamento de la exigencia de denuncia fue preservar la reputación de las mujeres, que equivalía a su valor en el mercado matrimonial: se trataba de evitar el denominado *strepitus fori* dejando que fuesen las familias las que decidieran si querían que su fama y su honor quedasen expuestos en la plaza pública. Tras la reforma penal de 1989, los delitos sexuales dejaron de ser entendidos como un ataque a "la honestidad" de las mujeres, y pasaron a proteger "la libertad sexual" de todas las personas. Además, se prohibió que la figura del perdón de la parte ofendida pudiese tener algún efecto sobre la responsabilidad penal del autor, ya que esta regulación favorecía la existencia de chantajes y presiones sobre las víctimas. Sin embargo, la perseguibilidad previa denuncia permaneció inalterada.

El Capítulo IV comienza con una exposición sobre el debate parlamentario que acompañó a la aprobación del Código Penal de 1995, en el que se discutió si era necesario

publificar estos delitos o si, por el contrario, debía dejarse que fuese la víctima la que decidiera sobre el inicio del proceso. Como consecuencia de esta discusión, en la que se plantearon dos posturas opuestas, se adoptó una solución intermedia, que fue introducida en el artículo 191.1 CP: se mantuvo la exigencia de denuncia de la víctima, pero, junto a la misma, se posibilitó que el Ministerio Fiscal pudiera promover la acción penal a través de querella "ponderando los legítimos intereses en presencia". En el caso de que la víctima sea menor de edad, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, el precepto establece que "bastará la denuncia del Ministerio Fiscal". Como se verá en este capítulo, esta regulación genera numerosos problemas interpretativos y ha tenido una escasa trascendencia práctica, pues la realidad parece demostrar que se sigue otorgando a la voluntad de la víctima un gran peso en la persecución penal de los delitos de agresión y acoso sexuales.

Finalmente, una vez expuestos los antecedentes de esta regulación, su interpretación y aplicación práctica, las similitudes y diferencias que guarda con otras infracciones semipúblicas, y las obligaciones que derivan del Derecho internacional, en el Capítulo V se estudian pormenorizadamente los argumentos a favor y en contra de la persecución de oficio de la violencia sexual. Ambas tesis se analizan de manera conjunta, pues suelen referirse a un mismo aspecto de la problemática, ante el cual adoptan posicionamientos contrarios. Junto a los razonamientos que tradicionalmente ha formulado la doctrina penal, se ha estudiado el estado de la discusión dentro del movimiento feminista, y se ha visto que tampoco se trata de una cuestión pacífica. Aunque la presente tesis doctoral versa sobre la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales, esta controversia plantea una reflexión mucho más amplia sobre el papel que debe asumir el Derecho penal en la lucha contra la violencia machista.

Al igual que sucede en otros temas relacionados con la autonomía de las mujeres, siendo el debate sobre la prostitución un ejemplo paradigmático, dentro de los feminismos encontramos posicionamientos diametralmente opuestos respecto a la primacía de la voluntad o los deseos de las víctimas. La cuestión es compleja y tiene múltiples facetas, lo que nos lleva a rechazar la existencia de soluciones unívocas. Esta tesis doctoral adopta una postura crítica y contrahegemónica, desafiando los discursos oficiales sobre la violencia contra las mujeres, cuestionando la capacidad del sistema penal para dar

respuesta a la diversidad de experiencias de las personas que sufren violencia sexual y abogando por situar a la víctima individual en el centro del análisis.

Aunque la investigación se ha enfocado en las mujeres adultas que han sido víctimas de un delito de agresión o acoso sexuales, es preciso reconocer que las conclusiones derivadas de este estudio poseen un ámbito de aplicación que trasciende las fronteras de género y edad. En otras palabras, los principios aquí expuestos son igualmente relevantes para hombres cisgénero, personas de identidades de género no normativas y, en general, para cualquier persona que haya sufrido violencia sexual. Y ello porque la intimidad y la dignidad –que, como se verá, son los intereses que se protegen mediante la exigencia de denuncia– son derechos fundamentales inherentes a la persona humana. Para poner en el centro las necesidades de la víctima concreta, ha de tenerse en cuenta su voluntad y su contexto, desde una perspectiva interseccional. Por consiguiente, la protección que se busca garantizar a través de los mecanismos de perseguibilidad debe extenderse a todas las víctimas, sin excepción. Asimismo, es crucial señalar que la situación de las víctimas menores de edad o con discapacidad exige un análisis igualmente individualizado, ya que la intervención penal automática, sin considerar las circunstancias específicas de cada caso, podría constituir una vulneración de sus derechos fundamentales.

Por otra parte, es preciso aclarar que el artículo 191 del Código Penal se aplica específicamente a los delitos de agresión y acoso sexuales. El análisis y las conclusiones presentadas son aplicables a ambos delitos, dado que el fundamento de la perseguibilidad a instancia de la víctima es el mismo en las dos figuras delictivas. En el Capítulo V se verá que existe una fuerte conexión entre los intereses que se tutelan con el requisito de perseguibilidad y el objeto de protección de estos delitos (la libertad sexual), siendo la vinculación mucho mayor en el caso del acoso sexual, ya que en este último delito no solo se protege la libertad sexual, sino que también se tutelan otros bienes jurídicos como la intimidad y la dignidad.

El método seguido en la presente investigación es el propio de las ciencias jurídicas. Se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica de los estudios existentes sobre la perseguibilidad de los delitos sexuales. Al tratarse de una cuestión que ha recibido una escasa atención doctrinal, la bibliografía se ha complementado con las investigaciones sobre género y Derecho penal, así como con las abundantes publicaciones que existen

sobre delitos contra la libertad sexual. Aunque esta obra se enmarca en el ámbito del Derecho penal, introduce aspectos relacionados con el Derecho procesal y el Derecho constitucional, por lo que también han resultado de utilidad las aportaciones de estas disciplinas. Además de la doctrina jurídica, se han recogido los estudios feministas que abordan, directa o indirectamente, esta cuestión, con el objetivo de aportar a la discusión un nuevo enfoque desde una perspectiva victimológica, feminista y antipunitivista.

Por otro lado, se han estudiado en profundidad las distintas fuentes legales. Aunque el artículo 191 se encuentra en el Código Penal, ha resultado fundamental analizar la regulación procesal prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en otras leyes complementarias. En los últimos años se han aprobado numerosas reformas en el ámbito de la violencia de género y sexual que han influido en nuestro objeto de estudio. Además, como ya se ha indicado, en el ámbito internacional se han promulgado recientemente algunos instrumentos que pueden tener una gran repercusión sobre la regulación de la perseguibilidad de los delitos sexuales, por lo que se ha realizado un examen detallado de los mismos en el Capítulo I. En este capítulo se ha introducido también un enfoque de Derecho comparado recogiendo la regulación de esta materia en Italia y en Argentina.

Asimismo, el estudio ha ido acompañado de un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor. Por un lado, las sentencias de los dos primeros tribunales han servido para enmarcar la cuestión de la perseguibilidad dentro de la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal, las cuales se han intensificado especialmente en el ámbito de la violencia contra las mujeres. Por otro, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor ha permitido observar cómo se está interpretando el artículo 191.1 en la práctica y, por tanto, qué consecuencias tiene en el enjuiciamiento de los delitos sexuales.

Por último, me gustaría señalar que esta tesis doctoral se adhiere a un uso no discriminatorio del lenguaje. En consecuencia, se ha evitado el empleo de expresiones que aludan exclusivamente a "los autores", reconociendo que el masculino genérico invisibiliza tanto a las mujeres como a las disidencias. Por ello, se han empleado términos como "la doctrina" y, en las notas al pie, se ha optado por la fórmula "entre otras" con el propósito de abarcar a "otras personas autoras" (también puede interpretarse como "otras

publicaciones"). El Capítulo III, que aborda la evolución histórica, constituye la única excepción: en dicho capítulo, el uso del masculino se justifica no como un genérico, sino como una denuncia explícita de la exclusión sistemática de las mujeres y las personas de identidades de género diversas de la doctrina penal (y del mundo académico) durante el siglo XIX y gran parte del XX. En este contexto, resulta apropiado referirse a "los comentaristas" de la época, ya que eran exclusivamente hombres cisgénero quienes analizaban los delitos contra la honestidad, que afectaban a mujeres (también cisgénero) concebidas como su propiedad. En la actualidad, las mujeres y las disidencias hemos trascendido el rol de meras receptoras de análisis, convirtiéndonos en agentes activas del mismo. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer para que estemos todes representades en el ámbito académico.

CAPÍTULO PRIMERO. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PERSEGUIR LA VIOLENCIA SEXUAL

I. INTRODUCCIÓN

La perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual se encuentra regulada en el Capítulo VI del Título VIII del Código Penal, que recoge las disposiciones comunes. Sin embargo, el requisito de procedibilidad que introduce el artículo 191.1 no afecta a todo el Título, sino que se circunscribe a los delitos de agresiones y acoso sexuales.

Como es sabido, estos delitos han sido objeto de una profunda reforma a través de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que introduce un enfoque de género en el abordaje de las violencias sexuales. Esta perspectiva proviene de distintos tratados internacionales sobre violencia contra las mujeres suscritos por España, los cuales reconocen los derechos de las víctimas e imponen una serie de obligaciones al Estado.

El debate en torno a la necesidad de recabar la opinión de la víctima para *proceder* ante estos delitos ha recobrado actualidad con ocasión de esta reforma. A los argumentos clásicos a favor de la *publificación* de estos delitos (*vid. infra* Capítulo V), se han sumado otros nuevos relacionados con estas exigencias internacionales. El objetivo de este capítulo es analizar hasta qué punto este obstáculo procesal a la potestad punitiva podría suponer un incumplimiento de dichos deberes internacionales.

II. LA VIOLENCIA SEXUAL: UNA FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Los delitos sexuales se encuentran en el centro del debate político y social de los últimos años[2]. Gracias a que existe una mayor concienciación social sobre este problema, cada vez es también mayor el número de casos que salen a la luz y dejan de conformar la denominada "cifra negra"[3]. Sin embargo, muchas víctimas deciden no denunciar formalmente los hechos, evitando así el paso por el sistema penal que, todavía con demasiada frecuencia, genera una gran victimización secundaria[4].

Durante mucho tiempo este tipo de delincuencia fue percibida como un asunto privado y como un atentado contra la honra de las víctimas y de sus familias. Hasta la reforma penal de 1989, el bien jurídico protegido en estos delitos era "la honestidad" y el delito de violación requería el yacimiento con una mujer (véase un análisis de la evolución histórica *infra*, Capítulo III). Desde entonces, los "delitos contra la libertad sexual" se han regulado de manera neutra, por lo que el género del sujeto pasivo no tiene relevancia en la configuración de los tipos penales[5]. Aunque la conformación de estos delitos como ataques a "la libertad sexual de todos" se consideró un avance feminista[6], también se ha

[2] Nos encontramos ante una "relevancia renovada del debate sobre la libertad e indemnidad sexuales" (FUERTES IGLESIAS, C., *El nuevo derecho penal sexual español y los menores: claves para la protección penal de su libertad e indemnidad sexuales en un escenario de cambio*, Aranzadi, Navarra, 2024, p. 29).

[3] También denominada "cifra oscura" o "victimización oculta". *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Catarata, Navarra, 2019, p. 94.

[4] *Vid.* GARCÍA BUENO, J., (3 de octubre de 2024), «Te hacen creer que lo mejor es contarlo, pero luego te abandonan», *El País*, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2024-10-03/carta-de-una-victima-de-violacion-te-hacen-creer-que-lo-mejor-es-contarlo-pero-luego-te-abandonan.html (fecha de última consulta: 25.3.2025). Pueden consultarse también, entre otras, MARCO FRANCIA, M. P., «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de "La Manada"», en: FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 312 y ss.; VINAGRE GONZÁLEZ, M. A., «Revictimización en la fase de Instrucción Penal: el "Iter Victimae post Criminis"», en: VINAGRE GONZÁLEZ, M. A., AGUILAR CÁRCELES, M. M., SOTO CASTRO, J. E., *Víctimas y Agresores en Delitos contra la Libertad Sexual: Un análisis integral*, Bosch, Barcelona, 2024, pp. 311 y ss.

[5] Nos referimos a los tipos básicos ya que la reforma de 2022 ha introducido una figura género-específica cuando el delito de agresión sexual se comenta en un contexto de violencia de género en la pareja (art. 180.1.4.ª CP).

[6] Según la Exposición de Motivos del Código Penal, con esta regulación se pretende "adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino *la libertad sexual de todos*. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente".

señalado que la norma supone un falso neutro[7], ya que la realidad evidencia que la gran mayoría de las víctimas son mujeres[8].

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG) fue la primera que en nuestro ordenamiento jurídico anunció que la violencia tiene género, es decir, que se comete contra las mujeres "por el hecho mismo de serlo"[9]. Sin embargo, el legislador se limitó a regular las violencias que tienen lugar dentro de la relación de pareja o expareja, por lo que los delitos cometidos sobre las mujeres fuera de este ámbito no se consideran "violencia de género" según esta norma.

Esta ley tuvo como consecuencia la incorporación de figuras género-específicas en el Código Penal que establecen una agravación de determinados delitos cuando la víctima sea la esposa del autor o esté o haya estado ligada a este "por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia"[10]. Actualmente esta cláusula se encuentra prevista en

---

[7] *Vid.* LARRAURI, E., «La mujer ante el Derecho Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 1992, p. 296: "Las reformas que introduce el legislador en aquellos delitos contra la libertad sexual pretenden hacer tipos neutros. […] Sin embargo, que ello deba verse como un avance desde el punto de vista feminista es discutible". Esta autora puso de manifiesto que no todas las feministas estaban de acuerdo con esta perspectiva, "ya que el derecho penal, al seguir la lógica jurídica de la igualdad y partir de un género neutro, estaba oscureciendo el hecho de que la violación es un delito que comete un género contra otro. Cualquiera puede cometer una violación: es el mensaje que da el Código penal, con lo cual queda difuminado que son los hombres quienes la realizan contra las mujeres, y que alguna responsabilidad de las estructuras sociales existirá para explicar el hecho paradójico de que las mujeres no violan" (LARRAURI, E., «Control formal: y el Derecho Penal de las Mujeres», en: LARRAURI, E. (Coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, pp. 95-96).

[8] *Vid,* entre otras, ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus, Madrid, 2019, pp. 44 y ss. A modo de ejemplo, puede consultarse el *Estudio sobre Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual* del Consejo General del Poder Judicial, p. 13: "Un 93,8% de los delitos fueron cometidos por varones frente a un 6,2% cometidos por mujeres. Igualmente, las víctimas fueron mayoritariamente mujeres (88 de 106, esto es un 83%)". Téngase en cuenta que esta es una estadística de condenas, por lo que no refleja la criminalidad real. Las estadísticas oficiales sobre denuncias y condenas son muy limitadas para definir el alcance de estos delitos. Las encuestas de victimización nos permiten aproximarnos mejor a la "cifra negra". Los estudios más relevantes que se han realizado hasta la fecha sobre prevalencia y evolución de la violencia sexual aparecen recogidos en la Instrucción núm. 5/2023, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «I Plan Estratégico para la Prevención de las Violencias Sexuales 2023-2027», pp. 16 y ss.

[9] Apartado I (párrafo primero) de la Exposición de Motivos.

[10] *Vid*., entre otras: LARRAURI, E., «Igualdad y violencia de género», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2009, pp. 4 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2009, pp. 57 y ss.; LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 785 y ss.; GONZÁLEZ PULIDO, I., «Análoga relación de afectividad: ante el continuo cambio de las concepciones sociales», en:

los siguientes delitos: maltrato no habitual (art. 153.1 CP), lesiones agravadas (art. 148. 4º), amenazas y coacciones leves (arts. 171.4 y 172.2) y, tras la reforma de 2022, se ha añadido como un supuesto agravado de agresión sexual (art. 180.1.4 ª).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que existen también una serie de delitos que, si bien no son género-específicos, permiten ser aplicados a situaciones de violencia sobre la mujer-pareja, pues establecen que el sujeto pasivo sea alguna de las personas que recoge el art. 173.2 del CP (relativo a la violencia doméstica) y, entre estas personas, se encuentra el cónyuge y la persona que haya estado ligada al autor por una relación análoga a la matrimonial aun sin convivencia[11]. Estos delitos son: el delito de maltrato habitual que recoge el citado art. 173.2, el delito de difusión no consentida de imágenes íntimas del art. 197.7 CP, el delito de acoso predatorio del apartado segundo del art. 172 *ter* y las injurias o vejaciones injustas de carácter leve del art. 173.4 CP.

Se ha criticado, con razón, que esta supone una visión muy limitada de la violencia que se comete por motivos de género y que los diferentes instrumentos internacionales que regulan esta cuestión adoptan un concepto mucho más amplio de "violencia contra la mujer"[12]. Junto a los feminicidios, los delitos sexuales han sido siempre percibidos como

FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 421 y ss.

[11] El art. 173.2 CP establece que pueden ser víctimas de la violencia doméstica los siguientes sujetos: "cónyuge"; "persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia"; "los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente"; "los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente" o "persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

[12] Según PARRILLA VERGARA, "la actual regulación nacional de la violencia contra las mujeres no colma los requisitos mínimos impuestos por el Convenio de Estambul, es un hecho. Ni la protección ofrecida por la LOVG ni por el propio Código Penal se ajustan a las necesidades evidenciadas por el instrumento comunitario, en tanto fallan al no regular una protección holística contra todas las manifestaciones que integran la violencia de género, como es el caso de la violencia sexual" (PARRILLA VERGARA, J., «Violencia sexual de género: hacia un concepto de violencia sexual no consensuado», en: VILLA SIEIRO, S. V. (Dir.), *Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 458).. Ahora bien, como acertadamente señala CUERDA ARNAU, aunque determinadas manifestaciones de violencia sexual contra la mujer sean formas de violencia de género, de ello no puede extraerse que los delitos sexuales contra las mujeres deban tener un tratamiento penal específico. *Vid.*, ampliamente, CUERDA ARNAU, M. L., «Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género: consideraciones críticas», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010, pp. 2 y ss.

una de las expresiones más graves de la violencia machista[13]. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ ha denominado la violencia sexual como "la forma más primaria de la violencia de género"[14]. La propia LOVG reconoce en su Preámbulo que esta violencia se manifiesta "en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral"[15]. Es decir, el legislador de 2004 era consciente de que las agresiones sexuales y el acoso son una forma de violencia contra las mujeres, pero se limitó a regular la primera manifestación mencionada[16].

Como observa AÑÓN ROIG, la "perspectiva holista" sobre la violencia contra las mujeres ha avanzado significativamente gracias a la atención prestada a la violencia sexual[17]. Las movilizaciones feministas que surgieron a partir del caso de "la Manada" expresaron la necesidad de adoptar un enfoque de género en la regulación y el enjuiciamiento de los delitos sexuales. Este caso evidenció que el tratamiento judicial y mediático de este tipo de delincuencia está repleto de estereotipos sobre el comportamiento que deben mostrar las víctimas para ser reconocidas como tales por el sistema[18].

Desde diferentes organismos internacionales se ha recomendado a España que mejore su regulación sobre esta materia, garantizando una atención especializada y con

---

[13] Estos constituyen "la punta del iceberg" de la violencia de género. Puede consultarse el "iceberg de las violencias por razones de género" en: https://coordinaciongenero.unam.mx/avada_portfolio/iceberg-violencias-genero/ (fecha de última consulta: 17.2.2025).

[14] ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género», en: FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 71.

[15] *Vid.* apartado I de la Exposición de Motivos.

[16] Art.1.1 LOVG: "La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Posteriormente, la violencia sexual aparece mencionada en el apartado 3 del precepto como una forma de violencia en la pareja: "La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, *incluidas las agresiones a la libertad sexual*, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

[17] AÑÓN ROIG, M. J., «El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral», *Ars Iuris Salmanticensis*, n.º 7-1, 2019, p. 91.

[18] *Vid.*, ampliamente, SIMÓ SOLER, E., *Estereotipos de género en procesos por violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 84 y ss. Pueden consultarse también diferentes contribuciones sobre el tema en FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

perspectiva de género a todas las mujeres víctimas de delitos sexuales[19]. El Pacto de Estado contra la violencia de género adoptado en 2017 reflejaba ya una tendencia hacia la ampliación del concepto a otras formas de violencia contra las mujeres más allá de los delitos de violencia en la pareja[20]. Asimismo, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo en el artículo 22.4 del CP una agravante de género que permite apreciar supuestos de violencia machista fuera de este ámbito (el Tribunal Supremo, a través de la STS 444/2020, de 14 de septiembre, la aplicó por primera vez en un delito de violación en el que no existía ninguna relación entre la víctima y el victimario)[21].

Sin embargo, la norma que ha consolidado la idea de que la violencia sexual es una forma de violencia contra las mujeres es la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS), cuyo Preámbulo comienza afirmando lo siguiente:

> "La ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad, que están íntimamente relacionados con la libertad de movimiento y de uso de los espacios, pero también con las relaciones personales y la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo.

---

[19] A modo de ejemplo, pueden consultarse las críticas y recomendaciones formuladas por el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO), cuya misión es supervisar el cumplimiento del Convenio de Estambul: Expert Group on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO), *Baseline Evaluation Report*, Spain, 2020, pp. 46 y ss.

[20] *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso + Senado*, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 13 de mayo de 2019, p. 27 (Medida 104). *Vid.*, ampliamente, DEL POZO PÉREZ, M., «El pacto de estado contra la violencia de género: justificación, génesis y primeras consecuencias», en: FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 254 y ss. Puede consultarse una postura crítica en: VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 2 y ss.

[21] Pueden consultarse, entre otras, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La agravante genérica de discriminación por razones de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 10 y ss.; PARRILLA VERGARA, J., «La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género», en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 31 y ss. OREJÓN SÁNCHEZ DE LA HERAS, N., «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 25, 2021, pp. 346 y ss.; GUARDIOLA GARCÍA, J., «La agravante de discriminación y sus reformas: Criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 28, 2022, pp. 117 y ss.; GISBERT GRIFO, S., «La agravante de discriminación por género como agravante de odio», en: ORTEGA BURGOS, E. (Dir.), *Derecho penal 2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 184 y ss.

El acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles".

A lo anterior añade que "las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, *que afectan de manera específica y desproporcionada* a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños"[22]. En efecto, los niños también son protegidos a través de esta norma ya que se considera que, en este caso, "las violencias sexuales también son fruto de relaciones de poder determinadas por el orden patriarcal, tanto en el ámbito familiar como en otros ámbitos de tutela adulta".

No se observa, sin embargo, ninguna mención a los hombres adultos como víctimas, lo cual ha sido objeto de duras críticas doctrinales, llegando a afirmarse que es fruto de un "sesgo ideológico"[23] y a cuestionarse su constitucionalidad[24]. También desde los feminismos críticos con el sistema penal se ha cuestionado este punto de vista ya que, como advierte LLORIA GARCÍA, "legislar penalmente de manera contundente para acabar con las «violencias» sobre las mujeres despierta una gran inquietud y una brecha

[22] La cursiva es añadida. Este criterio cuantitativo proviene del Convenio Estambul, el cual establece que "el presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada" (art. 2.1 Convenio Estambul). *Vid.* MERINO SANCHO, V. M., «La (a)simetría de género en el concepto de violencia: una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2019, pp. 122 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en: AGUSTINA, J. R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 22.

[23] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, p. 6 (propiamente, estas críticas no iban dirigidas a la LOGILS, sino a la Proposición de ley de Protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, de 15 de octubre de 2018, presentada por Unidos Podemos). En el mismo sentido, en este caso refiriéndose a la LOGILS, PÉREZ DEL VALLE, C., «Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma», en: AGUSTINA, J. R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, de 6 de septiembre, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 69 y ss.

[24] *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, 2023, p. 18; SERRANO GÓMEZ, A., «Inconstitucionalidad de la Ley del «solo sí es sí»: LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Diario La Ley*, n.º 10337, 2023, pp. 7 y ss. El grupo parlamentario Vox ha presentado un recurso de constitucionalidad contra la norma, admitido a trámite por providencia de 24 de enero de 2023 ("BOE" núm. 27, de 1 de febrero de 2023, p. 14441).

importante entre sexos"[25]. En contra de esta postura, cierto sector doctrinal considera que "la calificación de las violencias sexuales como una forma de violencia de género no implica en absoluto dejar a los varones fuera de la tutela penal (ni protegerlos en menor medida)", sino que simplemente se trata de incorporar la perspectiva de género a la hora de definir el bien jurídico libertad sexual y de comprender el modo en el que se producen las agresiones[26]. Es decir, "no se puede prescindir de las vivencias, particularidades y necesidades de quienes en la práctica son sus mayores víctimas: las mujeres"[27]. En páginas posteriores se abordará esta cuestión (*infra* Capítulo V, apartado VI).

Por lo que se refiere al alcance de la norma, es importante señalar que incorpora una definición muy amplia de "violencias sexuales", por lo que no se limita a regular los delitos que contiene el Título VIII del Código Penal (relativo a los "delitos contra la libertad sexual"), sino que su ámbito de aplicación se extiende a otras figuras delictivas, como la trata de personas o el denominado "feminicidio sexual"[28]. Aunque la presente contribución se centrará en los delitos de agresión y acoso sexuales, porque son los directamente afectados por la cláusula del art. 191.1 CP, se abordarán también algunos aspectos relacionados con otras formas de violencia sexual en la medida en que puedan resultar de interés para nuestro objeto de estudio.

---

[25] LLORIA GARCÍA, P., «Feminismo y punitivismo: un hilo sobre el castigo», en: MIRÓ LLINARES, F., CARRERAS AGERRI, J. (Coords.), *Derecho penal trending topic: Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 123.

[26] *Vid*., en este sentido, LAURENZO COPELLO, P., «La difícil incorporación del pensamiento feminista al Derecho penal», en: GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A., DE PABLO SERRANO, A., MATEOS BUSTAMANTE, J. (Coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, p. 326.

[27] *Ibidem. Vid.* también: ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma», *IgualdadES*, n.º 5, 2021, pp. 482 y ss.

[28] "Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica" (Apartado I del Preámbulo de la LOGILS)

El Preámbulo de la LOGILS justifica su oportunidad en la necesidad de cumplir con las obligaciones que España ha asumido a través de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos. Como es sabido, la desaparición de la tradicional distinción entre agresión y abuso sexual se ha fundamentado en la necesidad de "poner el consentimiento en el centro"[29] y dar así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio de Estambul[30]. Este Convenio internacional, junto con la CEDAW y el Convenio de Varsovia, establece "la obligación de *actuar con la debida diligencia* frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales"[31].

De este modo, como expresamente reconoce la norma, "se coloca a las víctimas en una posición de titulares de derechos humanos y a las administraciones públicas en la posición de garantes de los mismos, como titulares de obligaciones"[32]. Por un lado, en cuanto a los derechos de las víctimas, se afirma que "las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la *libertad*, a la *integridad física y moral*, a la *igualdad* y a la *dignidad de la persona* y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la *vida*"[33]. Asimismo, se añade que "estas violencias impactan en el *derecho a decidir libremente*, con el único límite de las libertades de las otras personas, *sobre el desarrollo*

[29] *Vid.* RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de "solo sí es sí"», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023, p. 232.

[30] Así lo afirman, entre otras, FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 278; MONGE FERNÁNDEZ, A., «El Pacto de Estado y las propuestas de reforma en el ámbito de la violencia sexual contra la mujer», en: VILLA SIEIRO, S. V. (Dir.), *Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 342. Sin embargo, un importante sector de la doctrina se ha opuesto a este argumento, pues defiende que el consentimiento ya estaba tutelado en el Código penal con anterioridad a esta reforma. En este sentido, por ejemplo, LLORIA GARCÍA, P., «Feminismo y punitivismo…» cit., pp. 125-126. En esta línea, ha llegado afirmarse que "estamos una vez más ante un uso interesado o, al menos, demasiado automático y no suficientemente reflexivo, aunque sea bienintencionado, del argumento relativo al cumplimiento de obligaciones asumidas por la ratificación de convenios internacionales como pretexto para una reforma en materia penal" (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., y TRAPERO BARREALES, A., «Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul», en: PÉREZ MANZANO, M. (Coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2020, p. 233).

[31] Apartado II de la LOGILS. La cursiva es añadida.

[32] Apartado III de la LOGILS.

[33] Apartado I de la LOGILS. La cursiva es añadida.

de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia"[34].

En la otra orilla aparecen las obligaciones que deben asumir las administraciones públicas: la LOGILS cita la Recomendación 35 (2017) de la CEDAW que establece que las mismas "deben abarcar la obligación de *prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar* a los responsables y *garantizar la reparación* a las víctimas"[35]. Es decir, las víctimas de violencias sexuales tienen reconocidos una serie de derechos, y la otra cara de la moneda de estos derechos es la existencia de una serie de deberes de protección para el Estado.

Esta forma de concebir la violencia sexual puede tener consecuencias sobre la perseguibilidad de los delitos sexuales, pues la condición de procedibilidad que actualmente establece el artículo 191.1 del Código Penal dificulta el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, ya que exigir a la víctima que denuncie los hechos sufridos para poder *investigar, enjuiciar y sancionar* a los victimarios podría suponer la responsabilidad del Estado español por no actuar con la debida diligencia, porque, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la mayoría de los delitos graves son públicos y el Ministerio Fiscal puede ejercer la acción penal más allá de cuál sea la voluntad de la víctima, en los delitos de agresión y acoso sexuales se requiere que esta última quiera perseguirlos para poner enjuiciarlos (*vid. infra* Capítulo IV).

No obstante, parece que para el legislador nacional no era necesario reformar este precepto para cumplir con las mencionadas obligaciones, pues la LOGILS no ha convertido los delitos de agresión y acoso sexuales en delitos perseguibles de oficio, sino que ha mantenido intacta esta disposición. El artículo 191 únicamente se ve afectado porque en el mismo desaparece la referencia al abuso sexual[36]. Se mantiene pues, como ha señalado DE TORRES GUAJARDO, "una postura inmovilista respecto de este requisito"[37]. Ello se evidencia también en el informe del Consejo Fiscal sobre el

[34] *Ibidem.*

[35] Apartado II de la LOGILS. La cursiva es añadida.

[36] *Vid.* Disposición final cuarta de la LOGILS.

[37] DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica del requisito de perseguibilidad en los delitos sexuales», *La Ley Penal*, n.º 151, 2021, p. 7 (el autor se refería al *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*).

Anteproyecto de la norma, que valoró favorablemente que se mantuviese el mismo contenido del art. 191.1 CP[38].

Como se verá en el Capítulo V, desde determinados sectores sociales se ha criticado que la LOGILS no haya suprimido este artículo para que, de esta manera, puedan perseguirse de oficio todas las formas de violencia contra las mujeres (en el Capítulo II expondremos el carácter público de la persecución penal de la violencia de género). Por el momento, en este capítulo se analiza si las obligaciones internacionales que España ha asumido en esta materia –que incorporan la perspectiva de género en el abordaje de la violencia sexual y reconocen una serie de deberes estatales para la adecuada protección de los derechos de las víctimas–, pueden tener consecuencias en la regulación de la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales.

Para ello, a continuación, se abordará la construcción dogmática y jurisprudencial sobre las obligaciones de tutela penal, y su concreta aplicación a los supuestos de violencia contra las mujeres y violencia sexual. Posteriormente se estudiarán diferentes instrumentos internacionales que hacen referencia a la cuestión de la perseguibilidad de la violencia sexual, pues recientemente se han aprobado algunas normas y recomendaciones que podrían tener implicaciones directas sobre el requisito de procedibilidad que actualmente prescribe el Código Penal.

III. EL DEBER DE PERSEGUIR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. Las obligaciones de tutela penal: cuestiones generales

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la protección de los derechos humanos requiere que los poderes públicos adopten políticas eficaces para que estos puedan ser ejercidos en la práctica[39]. Este es un principio que se reconoce expresamente

[38] Informe del Consejo Fiscal sobre el "Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual", p. 91.

[39] Este es uno de los elementos principales que caracterizan al Estado social frente al Estado liberal. Mientras que en el primero se demanda a los poderes públicos la satisfacción de derechos mediante

en la Constitución Española, que dispone que el Estado debe "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", así como "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud" (art. 9.2 CE). Por tanto, el Estado no solo tiene *obligaciones negativas* o de no injerencia en los derechos de las personas, sino que debe asumir también una serie de *obligaciones positivas*, es decir, tiene que adoptar activamente determinadas medidas para tutelar dichos derechos[40]. Como consecuencia, los derechos no solo se entenderán vulnerados por parte del Estado cuando este directamente los afecte, sino que, si se abstiene de actuar en aquellos casos en los que era necesaria una intervención para protegerlos, se entenderá que ha existido también una vulneración[41].

A pesar de que las obligaciones positivas tradicionalmente se han relacionado con los derechos sociales y económicos, de manera que se entendía que eran estos los únicos que requerían una tutela estatal, mientras que los derechos civiles y políticos se concebían como derechos negativos, actualmente esta distinción se entiende que no es adecuada, pues esta última clase de derechos también puede requerir que el Estado actúe

---

prestaciones positivas (*vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 16), en el Estado liberal se entendía que "quien no hubiera alcanzado los bienes necesarios para el uso de los derechos fundamentales, pese a las posibilidades abiertas, probaba con ello su incapacidad subjetiva; su miseria podía considerársele achacable y, en este sentido, no injusta" (GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 162-163). *Vid.* también BILBAO UBILLOS, J., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 233 y ss.; VILLACORTA MANCEBO, L., CAÑO-VEGA, A., *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 25 y ss.

[40] *Vid.* ALEXY, R., «Derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio)», en: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 419 y ss. El término obligaciones positivas de protección (*positive state obligations*) ha sido acuñado por el TEDH. En la doctrina se encuentra también como sinónima la expresión "deberes estatales de protección" (GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales de tutela penal: fundamentos constitucionales del Derecho penal en el Estado Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 187 y ss.). También suelen denominarse como "la dimensión objetiva de los derechos fundamentales" (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., *La garantía constitucional de la inocencia*, Universitat de València, Valencia, 2003, p. 54).

[41] Es decir, los derechos no son solo instrumentos de defensa "frente" al Estado, sino que requieren una defensa "mediante" el Estado. *Vid.,* entre otras, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006, p. 356; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 5 y ss. En este sentido, resulta interesante la denominación propuesta por PERSAK, que afirma que los derechos fundamentales tendrían una función de escudo (*shield function*) y una función de espada (*sword function*). *Vid.* PERSAK, N., «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as a Last Resort», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 141.

activamente[42]. A ello se suma, además, la extendida opinión que sostiene que los derechos fundamentales no solo afectan a las relaciones entre el Estado y la ciudadanía, sino que tienen un "efecto horizontal indirecto", es decir, que los Estados tienen la obligación positiva de proteger a las personas particulares de las violaciones de derechos humanos producidas por parte de otras personas particulares[43].

La tesis de la doble función de los derechos humanos tiene consecuencias sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico[44]. No obstante, para el Derecho penal supone dar un giro copernicano a la forma en que tradicionalmente se ha concebido la relación entre los derechos fundamentales y el *ius puniendi*, pues implica que los primeros dejen de ser percibidos como límites para el segundo y se conviertan precisamente en la razón de su activación[45]. Por tanto, el foco ya no estará solo en las garantías penales que deben asistir al reo, sino que los derechos de las víctimas (reales o potenciales) serán el nuevo

[42] En este sentido, ALEXY señala que los llamados derechos fundamentales sociales (es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación) constituyen un sector importante de los derechos que conllevan acciones positivas del Estado, pero no agotan su ámbito (*vid.* ALEXY, R., «Derechos a acciones positivas…» cit., p. 420). Puede consultarse también: HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 178 y ss.

[43] Sobre la eficacia horizontal de los derechos *vid.*, entre otras, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2017, pp. 161 y ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La eficacia vertical y horizontal de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el ámbito penal», en: DÍEZ-PICAZO, L. M., NIETO MARTÍN, A. (Coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 116 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 130 y ss.

[44] Es también de aplicación en el Derecho privado, influyendo sobre el modo en el que las empresas deben respetar los derechos humanos. *Vid.* VIOQUE GALIANA, L. M, «Programas de cumplimiento normativo en Derechos Humanos», en: MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., NÚÑEZ CHICHARRO, M. (Dirs.), *Información sobre sostenibilidad y diligencia debida en derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 20 y ss. Pueden consultarse también los diferentes trabajos que se recogen en: IGLESIAS MÁRQUEZ, D., DEL VALLE CALZADA, E., CHIARA MARULLO, M. (Dirs.), *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Colex, Madrid, 2024.

[45] Advierten de los peligros de este cambio de concepción sobre la relación entre los derechos fundamentales y el Derecho penal, entre otras: MARTÍNEZ GARAY, L., «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos?», en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M, L., GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 274 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., pp. 3 y ss.; BORGES BLÁZQUEZ, R., «¿Cumple España los estándares internacionales y europeos en materia de obligaciones positivas con perspectiva de género?», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020, p. 27; PASTOR, D., «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los Derechos Humanos», *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1, 2005, pp. 79 y ss.; DONINI, M., «Principios constitucionales y sistema penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010, pp. 5 y ss.

epicentro del sistema penal[46]. Ahora bien, surge la duda sobre en qué momento la obligación positiva de proteger un derecho se convierte en una obligación de tutela penal. Es decir, qué determina que un derecho deba protegerse penalmente y otro no[47].

La doctrina de que los deberes de protección de los derechos fundamentales han de incluir a veces la tutela penal surgió a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 1975 y 1993, en las que se estableció la obligación de proteger penalmente la vida en potencia del *nasciturus*[48]. Esta construcción fue objeto de un profundo debate en los años noventa y la doctrina mayoritaria se posicionó en contra de aceptar la existencia de deberes constitucionales de tutela penal[49]. En nuestro país, si bien la tesis del TC alemán fue asumida por el TC español (STC 53/1985, de 11 de abril, ECLI:ES:TC:1985:53)[50], este último no ha mantenido la misma interpretación en la última sentencia sobre el aborto (STC 44/2023, de 9 de mayo, ECLI:ES:TC:2023:44), sino que ha recordado que es competencia del legislador

[46] Como indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, este entramado "no se construye desde la perspectiva de los derechos del reo (la tradicional relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio del poder punitivo, *potencialmente excesivo*) sino desde la protección de los derechos convencionales de las actuales o futuras víctimas (entendida como *potencialmente insuficiente*)" (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Ius puniendi y deber de protección estatal de los derechos, en la jurisprudencia del TEDH», en VIVES ANTÓN, T. S., CUERDA ARNAU, M. L., GÓRRIZ ROYO, E. (Eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 293). De la misma opinión es GIL GIL, que además considera que esta concepción supone "abandonar la concepción del Derecho penal como *ius puniendi*, como derecho del Estado, para convertirlo en obligación estatal, *oficcium puniendi*, y pasar de concebir el Derecho penal como una herramienta de control social destinada a la protección de bienes jurídicos para la coexistencia social pacífica, a verlo como un mecanismo destinado a la reparación de los derechos de las víctimas" (GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2016. p. 4).

[47] Existe toda una elaboración teórica sobre esta cuestión, que no procede desarrollar en la presente contribución, pero dejaremos apuntadas las cuestiones más relevantes. *Vid.*, ampliamente, GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales…* cit., pp. 225 y ss.

[48] *Vid.* GÜNTHER, K., «Responsability to Protect and Preventive Justice», en: ASHWORTH, A., ZEDNER, L., TOMLIN, P. (Eds.), *Prevention and the limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 87 y ss. En la doctrina española, entre otras: MARTÍNEZ GARAY, L., «Los derechos fundamentales a la protección penal como excusa para la inacción: el ejemplo del aborto y del acoso antiabortista», en: LLABRÉS FUSTER, A. et. al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, en prensa.

[49] *Vid.* referencias concretas en: CLÉRICO, L., «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en: CARBONELL, M., GRÁNDEZ CASTRO, P. (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 116 y ss.; GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales…* cit., pp. 133 y ss.

[50] Si bien es cierto que el TC español no insistió tanto en este aspecto como su homónimo alemán, sí que afirmó que el Estado tenía la obligación "de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales" (FJ 7).

determinar cuál debe ser la protección concedida a cada derecho constitucional[51]. Y es que la jurisprudencia que establece obligaciones positivas de tutela penal no solo ha sido criticada por el cambio radical que supone dejar de concebir los derechos como límites frente al poder punitivo (objeción liberal), sino que también resulta cuestionable que el Tribunal Constitucional deba asumir esa función de control sobre el legislador, pues no goza de la legitimidad democrática que únicamente tiene el poder legislativo (objeción democrática)[52]. En páginas posteriores volveremos sobre esta cuestión, pues se estudiará una resolución del TC frente a la que formularemos ambas objeciones (*infra* Capítulo V.VI).

Pues bien, es importante tener en cuenta que en la actualidad no son los tribunales constitucionales nacionales los que están promoviendo la existencia de deberes positivos de protección penal, sino que son los tribunales internacionales de Derechos Humanos los que desde hace ya algunos lustros han dado un gran impulso a estas obligaciones[53]. Por lo que hace, en concreto, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta jurisprudencia tiene su origen en casos de torturas, desapariciones forzadas y homicidios perpetrados por agentes estatales, en los que se estableció que el Estado era el responsable directo por no prevenir, investigar y sancionar graves vulneraciones de los derechos

[51] En esta sentencia el TC ha afirmado que pueden existir otras vías que sean más idóneas que el Derecho penal, ya que existe un cuerpo normativo orientado al cumplimiento del deber de protección de la vida prenatal durante la primera fase de la gestación, "un modelo preventivo y asistencial que, sin duda alguna, es más respetuoso con los derechos de la mujer embarazada que el exclusivo recurso a la sanción penal" (FJ 5). El propio TC reconoce que se aparta de la doctrina contenida en la sentencia de 1985: "no solo no puede hacerse un traslado sin más de la doctrina vertida en la STC 53/1985 para resolver la impugnación central del recurso de inconstitucionalidad, que cuestiona el modelo legal, sino que es preciso un cambio en la aproximación de este tribunal al problema constitucional planteado. La nueva perspectiva desde la que se ha de abordar el enjuiciamiento constitucional ha de partir de la afectación existencial que el embarazo supone para la mujer y su incidencia en sus derechos constitucionales, que el Estado debe respetar en todo caso al articular la protección de la vida prenatal" (FJ 2).

[52] Desarrolla ambas objeciones, posicionándose en contra de las mismas: DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales….» cit., pp. 351 y ss. Sin embargo, otro sector doctrinal sostiene esta crítica democrática. En este sentido, MARTÍNEZ GARAY ha señalado que defender la existencia de derechos fundamentales a la protección penal "conduce a un cambio en el equilibrio entre los poderes del Estado que aumenta en exceso el protagonismo de los tribunales constitucionales y debilita el papel del legislador, y en general el papel de la discusión política democrática en la configuración de la política criminal" (MARTÍNEZ GARAY, L., «Los derechos fundamentales…» cit., en prensa). *Vid.* también TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 58. Adopta una postura intermedia: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», en: GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A., DE PABLO SERRANO, A., MATEOS BUSTAMANTE, J. (Coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 310 y ss.

[53] Así lo han advertido: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., pp. 3 y ss.; GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales…* cit., p. 42.

humanos, sin embargo, el TEDH ha extendido también esta doctrina a delitos comunes cometidos entre particulares[54].

La primera sentencia en la que el TEDH reconoció la existencia de obligaciones estatales de tutela penal en las relaciones entre particulares fue en el caso *X e Y contra Países Bajos,* de 26 de marzo de 1985[55]. Dicho asunto versaba sobre la imposibilidad de perseguir penalmente un abuso sexual cometido contra una menor con una discapacidad psíquica. Debido a una laguna legal existente en la legislación neerlandesa, el padre de la menor no podía interponer una denuncia, pues no estaba previsto que en estos casos el representante legal pudiese iniciar el proceso penal. Esta sentencia no solo reviste un especial interés por la evidente conexión que presenta con nuestro objeto de estudio, sino también porque es la primera en la que se afirmó que la protección efectiva de determinados derechos requiere que el Estado acuda al Derecho penal. En efecto, el Gobierno de los Países Bajos argumentó que la víctima y sus familiares podían haber acudido a la vía civil, pero el TEDH consideró que los hechos del caso afectaban a "valores fundamentales y aspectos esenciales" de la vida privada, que comprende la integridad física y moral de la persona, así como la vida sexual, y que para garantizar la protección efectiva de tales derechos (art. 8 CEDH) eran necesarias medidas de índole penal[56].

Si bien *X e Y contra Países Bajos* fue el "leading case"[57], la doctrina de las obligaciones positivas de protección en materia penal proliferó a partir de la década de

[54] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., pp. 16 y ss., recoge casos de abusos sexuales, violencia de género, violencia religiosa o incluso meras lesiones.

[55] STEDH (Gran Sala), Asunto *X e Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985.

[56] "La disuasión efectiva es indispensable en este ámbito y solo puede lograrse mediante disposiciones penales; de hecho, es mediante tales disposiciones como normalmente se regula la materia" (*Ibidem*, § 27). Como refiere ASHWORTH, la naturaleza de esta obligación positiva es que todos los Estados deben tener en vigor leyes penales que protejan a los individuos contra la violación sexual por parte de otros individuos (ASHWORTH, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 200).

[57] Así lo señalan, entre otras: TULKENS, F., «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011, p. 584; XENOS, D., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, Reino Unido, 2012, p. 23; MAUGERI, A. M., «Fundamental Rights in the European legal order, both as limit on punitive power and as a source of positive obligations to criminalise", *New Journal of European Criminal Law Issue*, n.º 4, 2013, p. 397; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Los derechos fundamentales…» cit., p. 343.

los noventa[58]. Como bien sintetizan LAVRYSEN y MAVRONICOLA, esto se debió a varios factores[59]. En primer lugar, a la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia se ha centrado en los derechos de las víctimas y en la idea retribucionista de la "lucha contra la impunidad" en casos de graves violaciones de los derechos humanos[60]. En segundo lugar, a que el TEDH tuvo que resolver sobre la responsabilidad de los agentes estatales y no estatales que habían cometido graves violaciones de los derechos humanos en los conflictos kurdo y checheno. Por último (y este tercer motivo es el que resulta más relevante para nuestro análisis), la doctrina de las obligaciones estatales de protección se vio impulsada por la crítica feminista de la división entre lo público y lo privado, que cuestionó el derecho de los derechos humanos por no ser lo suficientemente sensible a las violaciones de los derechos humanos que se cometen en la esfera privada[61]. Todo ello tuvo como resultado que el TEDH expandiera la doctrina

[58] VIGANÓ, F., «Sobre las obligaciones de tutela penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: MIR PUIG, S. (Dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 314.

[59] *Vid.* LAVRYSEN, L. MAVRONICOLA, N., «Coercive Human Rights: Introducing the Sharp Edge of the European Convention on Human Rights», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 8.

[60] Sobre esta cuestión pueden consultarse, entre otras, GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima…» cit., pp. 7 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor», *Revista de estudios de la justicia*, n.º 11, 2009, pp. 36 y ss.; VIGANÒ, F., «La arbitrariedad del no punir: sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 18, 2014, pp. 438 y ss.

[61] Así, por ejemplo, ROMANY afirma que "la supremacía masculina pertenece a cada Estado, por lo que las cuestiones de género se consideran privadas en la comunidad internacional. […] Se abusa sistemáticamente de los derechos civiles y políticos de las mujeres en la esfera privada como parte de una estructura global de subordinación de género" (ROMANY, C., «State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law», en: COOK, R. (Ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Toronto, 2011, pp. 89-90). Según FACIO, esta tendencia se vio especialmente impulsada por los feminismos de Latinoamérica: "no es de extrañar que las latinoamericanas fuéramos las primeras en adoptar el lenguaje de ddhh en relación con la violencia contra las mujeres. Nuestra experiencia de primera mano en las luchas contra las dictaduras y la represión nos habían educado en su uso. Como resultado de estas batallas no fue difícil ver el poder moral y político del movimiento internacional de ddhh y decidirse a usar su lenguaje, sus instrumentos y sus foros internacionales a nuestro favor" (FACIO, A., «Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas», *Pensamiento Iberoamericano*, n.º 9, 2011, p. 12). *Vid.* también: GIUDICE, L., «La dicotomía público/privado y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Un análisis a través de la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 24, 2023, pp. 184 y ss.

de las obligaciones de tutela penal a nuevos ámbitos, como el abuso infantil[62], la violencia doméstica y de género[63], o la trata de personas[64].

Aunque las obligaciones positivas de protección tienen un amplio alcance y son reconocidas respecto de un gran número de derechos humanos, un deber de protección penal solo se ha establecido hasta ahora respecto de los derechos más fundamentales, como el derecho a la vida (art. 2), a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (art. 3), a no ser sometido a esclavitud y trabajos forzados (art. 4) y a la libertad sexual, como se desprende del caso *X e Y* (art. 8)[65]. Como señala DE LUIS GARCÍA, lo que se protege en este último caso es "el derecho al disfrute de la vida privada y familiar" y la libertad sexual forma parte de esta[66]. Aunque en la sentencia sobre el caso *X e Y* solo se aplicó el artículo 8, en casos posteriores de violencia sexual se ha condenado también a través del artículo 3, pues el TEDH ha establecido que los delitos sexuales pueden constituir una forma de malos tratos en el sentido del Convenio. El asunto *M. C. contra Bulgaria* fue el primero en el que se afirmó que el Estado había vulnerado este artículo por haber incumplido "su obligación positiva de proporcionar una protección jurídica efectiva contra la violación y el abuso sexual"[67].

De lo anterior podría inferirse que el alcance de las obligaciones de tutela penal es bastante limitado, sin embargo, lo cierto es que el TEDH no ha establecido un criterio claro para delimitar qué derechos son los que obligan a una intervención punitiva del Estado, ya que la cuestión es resuelta de forma puramente casuística, por lo que quizás en

---

[62] A modo de ejemplo podemos citar la STEDH (Gran Sala), Asunto *O'Keeffe contra Irlanda*, de 28 de enero de 2014, relativa a la responsabilidad del Estado por no adoptar medidas de protección adecuadas para prevenir los abusos sexuales en las escuelas gestionadas por agentes no estatales.

[63] Sin duda la sentencia paradigmática en materia de violencia de género es la STEDH (Sección 3ª), Asunto *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009. La analizaremos *infra* (III.3).

[64] Puede consultarse la jurisprudencia sobre trata con fines de explotación sexual en: CARRETERO SANJUAN, M., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la violencia contra la mujer», *Anales de Derecho*, n.º Extra 1, 2020, pp. 14 y ss.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Volodina contra Rusia y S. M. contra Croacia: la jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres», *IgualdadES*, n.º 5, 2021, pp. 328 y ss.

[65] Así lo apunta VIGANÓ, F., «Sobre las obligaciones…» cit., p. 315. *Vid.* ampliamente, las obligaciones que se desprenden de cada derecho convencional en ASHWORTH, A., *Positive Obligations…* cit., pp. 196 y ss.

[66] O, dicho de otro modo, es un "aspecto" de esta. *Vid.* DE LUIS GARCÍA, E., «El derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 27, 2019, p. 501.

[67] STEDH (Sección 1ª), Asunto *M. C. contra Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003 (§ 3). En esta sentencia se aplicaron los artículos 8 y el 3 conjuntamente.

un futuro podría verse ampliado el catálogo de derechos que forman parte de esta jurisprudencia[68].

Por último, es importante señalar que las obligaciones de tutela penal no se refieren únicamente al deber de *tipificar* determinados comportamientos (y de castigarlos con una pena suficiente), sino que se extienden a las obligaciones de *investigación, celebración del proceso, sanción y ejecución* de las penas impuestas, pues, según el TEDH, si no se exigieran estos deberes de protección *ex post*, el deber de criminalización perdería su sentido[69]. Además de ello, el TEDH ha establecido una obligación que opera *ex ante* y que supone el deber de las administraciones públicas de *evitar* la comisión de delitos. Estos deberes preventivos inicialmente se configuraron de una manera muy restrictiva, pues su finalidad era evitar delitos previsibles contra personas concretas. En estos casos, para valorar la responsabilidad estatal, el TEDH aplica lo que se conoce como "test Osman"[70]: debe existir un riesgo claro e inminente de que una persona cometa (o siga cometiendo) un delito (*inmediatez del riesgo*), sobre los bienes fundamentales de una persona concreta (*individualidad del riesgo*), del que se tenía o se debía haber tenido conocimiento (*previsibilidad del riesgo*), frente al que las autoridades adoptaron las medidas razonablemente exigibles para impedir la materialización del riesgo (*evitabilidad del riesgo*)[71].

No obstante, en los últimos años esta construcción del TEDH ha comenzado a derivar hacia lo que parece ser ya una obligación de proteger a la sociedad en su

---

[68] Así lo resalta TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 13: "Los parámetros de la importancia del derecho y la gravedad de la infracción quedan sin embargo indeterminados —y ciertamente no puede ser de otro modo— de manera que la cuestión […] es abordada de modo casuístico". En el mismo sentido, GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA ha afirmado que "se desconocen los criterios que conforman el paso que va de un deber de protección a una obligación estatal de tutela penal por medio de la prohibición de infraprotección […]. Ello genera cierta inquietud en la doctrina, que trata de evitar la manipulación de los Derechos Humanos Fundamentales de acuerdo con la seguridad, el estereotipo sociocultural y político de nuestro tiempo" (GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales…* cit., p. 227, con ulteriores referencias).

[69] *Vid.* la clasificación formulada por TOMÁS-VALIENTE LANUZA sobre los diferentes estadios de intervención estatal en los que se han establecido deberes penales de protección: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., pp. 11 y ss.

[70] *Ibidem*, pp. 42 y ss. *Vid*. STEDH (Gran Sala), Asunto *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998.

[71] Abordamos la obligación de evitar delitos y su concreta aplicación a supuestos de violencia de género en una publicación anterior: GARCÍA ORTIZ, A. M., MOLINA SÁNCHEZ, M., «Inteligencia artificial y prevención de la violencia contra las mujeres: la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del deber de debida diligencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 44, 2023, pp. 13 y ss.

conjunto[72]. Es por ello por lo que se debe actuar con especial cautela y tomar conciencia de los peligros que puede acarrear una teoría que configura los derechos humanos como obligaciones preventivas destinadas a evitar riesgos[73]. Como advierte MARTÍNEZ GARAY, "construir derechos fundamentales a obtener seguridad es el inicio de una escalada exponencial, legitimadora de intervenciones del Estado, para la que no se vislumbran límites"[74].

2. Las obligaciones de tutela penal en materia de violencia contra las mujeres

En materia de violencia contra las mujeres es frecuente encontrar expresiones que, si bien no hacen referencia directamente a la existencia de obligaciones de tutela penal, sí que hablan del *deber de los Estados de actuar con la debida diligencia* en la protección de las víctimas y el castigo de los autores[75], al mismo tiempo que se reconoce un *derecho* para las víctimas *a la seguridad* y *a vivir una vida libre de violencia de género*[76].

El artículo 17 de la Constitución establece que "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad". Tradicionalmente, se ha interpretado que lo que se protege en este artículo es "la libertad de las personas frente a cualquier internamiento contrario a su

---

[72] Lo destacó por primera vez en la doctrina penal española TOMÁS-VALIENTE LANUZA en «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 52.

[73] *Vid.*, en este sentido, LAZARUS, L., «Preventive Obligations, Risk and Coercive Overreach», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECH,* Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 260.

[74] MARTÍNEZ GARAY, L., «¿Seguridad jurídica…» cit., pp. 291-292.

[75] *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Los deberes del estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 22, 2017, pp. 103 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, G., «Principio de debida diligencia y violencia de género en la casuística del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: MARTÍN RÍOS, B., AGUILAR CÁRCELES, M. M. (Coords.), *Mujer y Derecho*, Astigi, Sevilla, 2020, pp. 89 y ss.; PERAMATO MARTÍN, T., (20 de agosto de 2019), «Violencia de género. Debida diligencia de los Estados en la prevención, protección y sanción», *El derecho*, Disponible en: https://elderecho.com/violencia-de-genero-debida-diligencia-de-los-estados-en-la-prevencion-proteccion-y-sancion (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[76] *Vid.* TORRES DÍAZ, M. C., «El derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental: crítica constitucional desde el paradigma feminista», en: Cortes Valencianas (Ed.) *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Cortes Valencianas, Valencia, 2014, pp. 643 y ss.; LOUSADA AROCHENA, F., «El derecho fundamental a vivir sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, 2014, pp. 45 y ss.

voluntad"[77] (es decir, a la seguridad personal frente al poder público). Sin embargo, cuando se alude a la "seguridad" como un derecho de las víctimas, no se está haciendo referencia a este sentido clásico del término, sino a otro mucho más moderno: la seguridad frente a ataques de terceras personas, tanto en la esfera pública como en la privada. Ahora bien, debe reconocerse que este cambio de significado no se aprecia únicamente en el ámbito de la violencia de género y sexual, sino que forma parte de una tendencia que viene produciéndose desde hace años en el Derecho penal en general y que, como se viene diciendo, deja de poner en foco en los derechos del reo y se centra en los de las víctimas reales o potenciales, de manera que parece que la seguridad deja de ser un bien colectivo, y se convierte en "un derecho fundamental en sí mismo"[78].

El derecho a la seguridad de las víctimas aparece reconocido expresamente en la regulación sobre violencia de género y violencia sexual. Por un lado, la LOVG establece que "los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, *la seguridad* y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la *obligación de adoptar medidas de acción positiva* para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud"[79]. En el artículo 17 de la LOVG se hace referencia de nuevo al derecho a la seguridad[80]. Por otro lado, como se ha expuesto más arriba, la LOGILS afirma que el acceso efectivo de las mujeres y las niñas a los *derechos humanos vinculados a la libertad y a la seguridad* ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género. A ello añade

---

[77] *Vid.* BIGLINO, P., «artículo 17», en: MUÑOZ MACHADO, S. (Ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Critica, Barcelona, 2018, p. 80. *Vid*. también, en el ámbito del CEDH: LÓPEZ GUERRA, L., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 115 y ss.

[78] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 58. Sobre la "seguridad como paradigma" *vid.*, por todas, SIMÓ SOLER, E., *Justicia con perspectiva de género: análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad judicial en procesos por violencia sexual*, Universitat de València, Valencia, 2022, pp. 46 y ss. En la doctrina italiana, *vid.* PITCH, T., *El malentendido de la víctima: una lectura feminista de la cultura punitiva*, Tinta Limón, Ciudad de México, 2024, pp. 39 y ss.

[79] Apartado II de la Exposición de Motivos. La cursiva es añadida.

[80] Artículo 17. 2 LOVG: "La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo".

que "este estado de cosas se sitúa en abierta contradicción con el orden de valores que establece nuestra Constitución", entre los que se encuentra el derecho a la seguridad[81]. En el mismo sentido, el *Plan Estratégico para la prevención de las violencias sexuales 2023-2027* se refiere a la violencia sexual como un problema de seguridad y como una violación de los derechos humanos[82].

Por lo que se refiere al derecho a una vida libre de violencia de género, este se ha configurado como un derecho fundamental a partir de una "relectura" del derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la dignidad (art. 15 CE), así como por su relación con el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE)[83]. Ahora bien, ¿puede plantearse como un derecho autónomo e independiente? Parece que sí. Como ha advertido MARTÍNEZ GARCÍA, así lo reconoce el Convenio de Estambul en su artículo 4, al prescribir expresamente que "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado"[84]. Según THILL, el Convenio de Estambul realiza una aportación *iusfeminista* al derecho internacional de los derechos humanos porque hace emerger el derecho a una vida libre de violencia que el feminismo viene reivindicando hace décadas, subvirtiendo "la rígida

[81] *Vid.* Apartado I del Preámbulo de la LOGILS: "En su artículo 1.1 declara que son valores superiores de nuestro ordenamiento la libertad y la igualdad, mandata, en consecuencia, a los poderes públicos en el artículo 9.2 a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, reconoce en su artículo 10 la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, consagra en su artículo 14 el principio de igualdad, y a continuación garantiza, en los artículos 15 y 17, los derechos a la vida y la integridad física y a la libertad y seguridad".

[82] Instrucción núm. 5/2023, cit., p. 1: "la violencia sexual constituye un grave problema de seguridad y salud pública de notable relevancia que afecta a muchas personas de manera directa e indirecta y que comporta una profunda conculcación de los derechos humanos, enmarcada bajo toda una miscelánea de actos violentos tipificados como delitos por la mayoría de las leyes internacionales actuales".

[83] *Vid.* TORRES DÍAZ, M. C., «El derecho a una vida libre…» cit., pp. 643 y ss. Para BORGES BLÁZQUEZ, el derecho a vivir sin violencia de género es fundamental porque "se encuentra ligado a la igualdad de trato entre hombres y mujeres" y se encuentra desarrollado en distintos preceptos de nuestro ordenamiento (BORGES BLÁZQUEZ, R., «¿Cumple España…» cit., pp. 11 y ss.).

[84] MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Los deberes del estado…» cit., p. 101. Según esta autora, este derecho también se desprende de la nueva Directiva de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 14 de mayo de 2024 (*vid. infra* IV.3) y considera que "es una simple cuestión de tiempo que el mismo quede plasmado como tal en las Constituciones europeas" (MARTÍNEZ GARCIA, E., «La nueva Directiva en materia de violencia de género y doméstica y la diligencia debida del Estado», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, p. 7).

división público/privado que articula todo el derecho liberal"[85]. No obstante, lo cierto es que este derecho fue reconocido por primera vez en 1994 en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará)[86].

El reconocimiento de un derecho a la seguridad y a una vida libre de violencia sitúa al Estado –como expresamente reconoce la LOGILS–, en la posición de garante de dichos derechos, y en ocasiones el *ius puniendi* parece presentarse como la única vía posible para garantizarlos. En efecto, la obligación de los poderes públicos de actuar con la debida diligencia en materia de violencia contra las mujeres se refiere a deberes de *prevención*, *investigación, enjuiciamiento y sanción* de los responsables (todos ellos elementos integrantes del sistema de justicia penal)[87].

Según este principio, el Estado puede ser responsable por los actos ilegales cometidos por particulares cuando no haya tomado las medidas suficientes para evitar que se produzcan. Si los hechos ya se han producido porque ha fallado en la *prevención*, la inacción de los poderes públicos en la *investigación, enjuiciamiento y sanción* de los responsables se considerará también un incumplimiento del mencionado estándar. En este sentido, la CEDAW ha establecido que la inacción por parte del Estado equivale a dar "un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia contra la mujer"[88].

En la misma línea, la Relatoría especial sobre violencia contra la mujer de la ONU ha señalado que "la norma de la diligencia debida forma parte desde hace tiempo del

---

[85] THILL, M., «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», *IgualdadES*, n.º 2, 2020, pp. 165-166.

[86] El art. 3 de la Convención establece que "toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado". Sobre las obligaciones estatales de protección que se derivan de este tratado *vid.*, ABRAMOVICH, V., «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, pp. 167 y ss.

[87] Las únicas manifestaciones del principio de debida diligencia que podrían resolverse por vías alternativas al sistema penal son las que tienen que ver con la prevención desde un plano más general (medidas relacionadas con la educación y la concienciación social), así como la obligación de los Estados de reparar a las víctimas (lo cual puede articularse a través de mecanismos no penales). Las políticas generales (penales y no penales) orientadas a erradicar la violencia y garantizar la seguridad de las víctimas son denominadas "obligaciones estatales sistémicas" (*systemic due diligence*), mientras que la necesidad de adoptar medidas ante cada víctima concreta recibe el nombre de "obligaciones estatales individuales" (*individual due diligence*). *Vid.* ROMÁN MARTÍN, L., *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2016, pp. 44 y ss.

[88] *Vid.* párrafos 24 y 25 de la Recomendación 35 (2017) de la CEDAW. Para un análisis detallado *vid. infra* IV.1.

derecho internacional y se incorporó a la Recomendación general 19 de la CEDAW, con el fin de ampliar la responsabilidad del Estado para incluir la violencia contra la mujer por parte de agentes privados (además de los agentes estatales) en el ámbito privado o público, lo que impone al Estado el deber de prevenir, investigar, castigar y compensar todos los actos de violencia contra la mujer dondequiera que se produzcan"[89]. Posteriormente, el Convenio de Estambul recogió expresamente el principio de debida diligencia en su artículo 5.

Puede apreciarse un paralelismo evidente entre el estándar de debida diligencia y la doctrina de las obligaciones positivas de protección del TEDH. Como ya se ha dicho, la crítica feminista a la división entre lo público y lo privado tuvo una gran influencia en la jurisprudencia de Estrasburgo, y una muestra de ello es que el principio "due diligence" aparece en sus sentencias para fundamentar la existencia de responsabilidad estatal por una deficiente protección de las víctimas de violencia de género y doméstica. En efecto, el hecho de que el deber de debida diligencia se encuentre especialmente reforzado en este ámbito por diversos instrumentos internacionales influye en el "test Osman" que lleva a cabo el TEDH para valorar si las autoridades actuaron correctamente ante una situación de riesgo[90]. En este sentido, LAZARUS observa que la normativa internacional sobre violencia contra las mujeres –aunque está orientada al tratamiento de las víctimas y no prevé directamente restricciones de derechos para los victimarios– ha tenido como resultado la expansión del Derecho penal y una "fuerte intensificación" de la persecución de los actos de violencia contra la mujer[91].

Como apunta la autora citada, esta tendencia se extiende también a la violencia sexual, lo cual queda reflejado en la citada STEDH *M. C. contra Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003, donde se concretó expresamente la obligación positiva de proporcionar una disuasión efectiva frente a los delitos sexuales a través de disposiciones

---

[89] *Vid.* Informe de la Relatoría especial sobre violencia contra la mujer de la ONU, *15 years of the United Nations Special Rappourteur on Violence against Women, its causes and consequences (1994-2009). A critical review*, p. 31.

[90] *Vid.* TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 47; GARCÍA ORTIZ, A. M., MOLINA SÁNCHEZ, M., «Inteligencia artificial…» cit., pp. 14 y ss.

[91] *Vid.* LAZARUS, L., «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?» en: ROBERTS, J., ZEDNER, L (Eds.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, OUP, Oxford, 2012, p. 9.

de Derecho penal[92]. Esta sentencia trata sobre la obligación de los Estados de perseguir penalmente todo acto sexual no consentido, sin que pueda exigirse la prueba de la resistencia física de la víctima[93]. Para resolver este caso, el TEDH se basó en recomendaciones sobre violencia contra las mujeres del Consejo de Europa y de la CEDAW[94].

El asunto *M.C. contra Bulgaria* generó una gran controversia en la doctrina por las implicaciones que podía tener sobre la libertad de los legisladores nacionales en la redacción de los tipos penales. Si bien la Corte de Estrasburgo ya había establecido en otros ámbitos la obligatoriedad de regular determinadas materias a través del Derecho penal, la peculiaridad de este caso radica en que, por primera vez, se exigió a un estado que definiese un delito teniendo en cuenta determinados elementos específicos[95]. Según FLETCHER, este caso muestra que "la Corte de Estrasburgo ha asumido la notable carga de supervisar y reescribir los códigos penales de todos los Estados miembros"[96]. Sin embargo, a mi juicio, en esta sentencia no se estableció una obligación destinada al legislador penal, sino que se trataba más bien de un mensaje dirigido hacia los tribunales sobre cómo debe llevarse a cabo la interpretación de los conceptos de violencia e intimidación, pues así lo afirma expresamente el TEDH[97].

---

[92] *Ibidem.*

[93] Puede consultarse una exposición de este caso en: GARCÍA ORTIZ, A. M., «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una mirada antipunitivista», en: CERVELLÓ DONDERIS, V., COLÁS TURÉGANO, M. A. (Dirs.), *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 542 y ss.

[94] En concreto, se acudió a la Recomendación Rec. (2002)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que establece el deber de "penalizar cualquier acto sexual cometido contra personas no consentidoras, aunque no muestren signos de resistencia" y a Recomendación General Nº19, 1992 de la CEDAW que establece la obligación de los Estados parte de "velar porque las leyes contra el abuso, la violación, la agresión sexual y otros tipos de violencia de género protejan adecuadamente a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad".

[95] *Vid.*, entre otras: PITEA, C., «Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgement in M.C. v. Bulgaria», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 447 y ss.; HERI, C., «Shaping Coercive Obligations through Vulnerability: The Example of the ECtHR», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 99 y ss.

[96] FLETCHER, G., «Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims», *Lewis & Clark Law Review*, n.º 9-3, 2005, p. 553.

[97] "Muchos ordenamientos jurídicos siguen definiendo la violación por referencia a los medios utilizados por el autor para obtener la sumisión de la víctima. […] Sin embargo, lo decisivo es el significado que se da a palabras como "fuerza" o "amenazas" u otros términos utilizados en las definiciones jurídicas" (§ 170-171).

El corpus jurisprudencial sobre las obligaciones de tutela penal en materia de violencia de género y violencia sexual es cada vez más amplio, sin embargo, aunque se han publicado varias contribuciones sobre las obligaciones positivas de protección en el ámbito de la violencia en la pareja[98], los delitos sexuales no han recibido la misma atención por parte de la doctrina[99]. No obstante, un análisis detallado de las sentencias sobre delitos sexuales del TEDH permite concluir que en esta materia los deberes positivos del Estado también van más allá de las obligaciones de *criminalización* que establecieron *X e Y* y *M. C. contra Bulgaria*, pues a las anteriores se han sumado las obligaciones de *prevención, investigación, sanción y ejecución de las penas impuestas* por delitos sexuales[100]. En efecto, los Estados no solo tienen la obligación de tipificar penalmente cualquier acto sexual no consentido, sino que además han de llevar a cabo una investigación "efectiva" de los hechos[101]. A estas obligaciones de criminalización e investigación se suman las de "efectiva punición"[102], ya que deben hacerse efectivas las condenas impuestas, no siendo posible en este ámbito acudir a figuras como la amnistía o el indulto[103]. Asimismo, el Estado puede ser responsable por no adoptar medidas de protección adecuadas para prevenir los delitos sexuales[104].

En este contexto, al observar que el TEDH ha aplicado la doctrina de las obligaciones de tutela penal a los delitos sexuales, y sabiendo que estas se encuentran especialmente intensificadas en materia de violencia contra las mujeres, procede

---

[98] *Vid.*, entre otras, BORGES BLÁZQUEZ, R., «Obligaciones estatales positivas con filtro morado o perspectiva de género», *La Ley Penal*, n.º 148, 2021, pp. 4 y ss.; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 25, 2009, pp. 383 y ss.; PERAMATO MARTÍN, T., «Violencia de género. Debida diligencia…» cit.; FERNÁNDEZ GARCÍA, G., «Principio de debida diligencia y violencia de género…» cit., pp. 89 y ss.

[99] Analiza algunas sentencias del TEDH relativas a violencia sexual: SIMÓ SOLER, E., *Estereotipos de género…* cit., pp. 99 y ss.

[100] Expuse los resultados de este análisis jurisprudencial en: GARCÍA ORTIZ, A. M., «Violencia sexual y obligaciones…» cit., pp. 567 y ss., donde desarrollo las diferentes obligaciones de tutela penal que el TEDH ha establecido en este ámbito.

[101] *Vid*., entre otras, STEDH (Sección 3ª), Asunto *I. G. c. Moldavia*, de 15 de mayo de 2012; STEDH (Sección 2ª), Asunto *B.V. c. Bélgica*, de 2 de mayo de 2017; STEDH (Sección 4ª), Asunto *C. c. Rumanía*, de 30 de noviembre de 2022.

[102] Expresión empleada por VIGANÒ, F., «La arbitrariedad del no punir…» cit., p. 435.

[103] Así lo ha establecido en la STEDH (Sección 2ª), Asunto *E.G. c. Moldavia*, 13 de abril de 2021. Se afirma expresamente la existencia de una "obligación de hacer efectivas las condenas y sentencias dictadas contra los autores de agresiones sexuales" (§ 43-49).

[104] *Vid.* STEDH, Asunto *O'Keeffe contra Irlanda*, anteriormente citada.

averiguar si el Estado español podría estar incumpliendo alguno de estos deberes estatales de protección al establecer un requisito de perseguibilidad en los delitos de agresión y acoso sexuales.

3. La obligación de que el proceso no dependa de la denuncia de las víctimas

El establecimiento de una condición de procedibilidad para la persecución de un delito puede afectar a las obligaciones de *investigación* y a las de *celebración del proceso*. Mientras que los deberes de criminalización se refieren al aspecto *sustantivo* de las obligaciones positivas, estas obligaciones son denominadas por el TEDH como aspectos *procesales* o *procedimentales* de los derechos humanos[105].

En cuanto a la investigación criminal, el TEDH exige que esta sea "efectiva", es decir, que sea capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los culpables[106], pero de ningún modo supone reconocer a la víctima una suerte de derecho a obtener el castigo del autor, sino que únicamente consiste en un derecho a poner en marcha el proceso[107]. Estas obligaciones se han desarrollado especialmente en relación con los artículos 2, 3 y 4 del Convenio, pero también con respecto al artículo 8, afirmándose de este modo el deber de llevar a cabo una investigación oficial de aquellos actos que afecten gravemente a aspectos esenciales de la vida privada, como ocurre en el caso de los delitos contra la libertad sexual[108].

---

[105] *Vid.* VIGANÓ, F., «Sobre las obligaciones…» cit., pp. 317 y ss.

[106] De lo contrario, se entiende que las obligaciones de criminalización quedarían privadas de sentido. Como ha señalado TOMÁS VALIENTE LANUZA, "la lógica argumentativa del Tribunal se encadena del siguiente modo: si de la garantía efectiva de los derechos se trata, no basta con la mera previsión normativa de las sanciones correspondientes, sino que es necesario que los Estados lleven a cabo una adecuada investigación de los hechos idónea para conducir al proceso y la sanción de los autores" (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 15).

[107] Se trata de un *ius ut procedatur* que guarda una evidente conexión con el derecho de las víctimas a acceder a la justicia y a obtener una tutela judicial efectiva. *Vid.* DE LUIS GARCÍA, E., «El derecho a una investigación efectiva…» cit., pp. 505 y ss.

[108] En la ya citada STEDH *M. C. contra Bulgaria* se concretó la *obligación positiva de llevar a cabo una investigación oficial* ante los delitos sexuales (§ 151). Ahora bien, en este caso los deberes de criminalización (aspecto sustantivo) y los de investigación (aspecto procesal) no quedaron tan claramente delimitados debido a que toda la investigación quedó condicionada, *ab initio*, por la necesidad de probar si la víctima había opuesto o no resistencia, lo cual se debía a la interpretación que se hacía del Código Penal respecto al requisito del medio comisivo empleado ("uso de la fuerza o amenazas"). En este sentido: LAVRYSEN, L., «Positive Obligations and Criminal Law: A Bird's-Eye View on the Case Law of the

Ahora bien, ¿es necesario que las investigaciones sean iniciadas de oficio (sin requerir la previa denuncia de la víctima) para que estas puedan ser consideradas "efectivas"? Pues bien, así lo ha afirmado expresamente el TEDH en relación con la persecución penal de la trata con fines de explotación sexual, la cual es considerada por el tribunal como una forma de esclavitud contraria al art. 4 del CEDH[109]. Sin embargo, esta obligación no se ha establecido de forma tan clara en relación con otras formas de violencia sexual, como la violación o el acoso sexual.

La doctrina tampoco resuelve esta cuestión. Según TOMÁS-VALIENTE LANUZA, el TEDH ha establecido la necesidad de que el procedimiento sea iniciado de oficio en el caso de actuaciones delictivas de autoridades[110]. Sin embargo, VIGANÓ considera que todas las víctimas de homicidios, torturas, secuestros o violaciones sexuales son individuos débiles frente al abuso de otros más fuertes, y precisamente por ese motivo necesitan un apoyo de los poderes públicos para obtener la reparación de su derecho violado, lo que le lleva a concluir que "solo investigaciones financiadas y ejecutadas *ex officio* por el Estado, a través de los medios de investigación de los que dispone el Ministerio Público, pueden asegurar que se esclarezcan hechos semejantes"[111]. En el mismo sentido, DE LUIS GARCÍA ha afirmado que, mientras el derecho de acceso a la justicia es una posibilidad para la víctima, el deber de llevar a cabo una investigación efectiva es una obligación estatal que no depende de la voluntad de la parte ofendida[112].

Ahora bien, a mi juicio, y siguiendo la clasificación de las obligaciones de tutela penal propuesta por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, los requisitos de perseguibilidad no tienen tanto que ver con las obligaciones de *investigación*, sino que más bien constituyen

---

European Court of Human Rights», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 31.

[109] "El artículo 4 también entraña una obligación procesal de investigar situaciones de posible trata de seres humanos. La exigencia de investigar no debe depender de la denuncia por parte de un pariente de la víctima; una vez el asunto se ha puesto en conocimiento de las autoridades, estas deben actuar de oficio" (STEDH (Sección 1ª), Asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 10 de mayo de 2010).

[110] Esta autora señala que el TEDH ha establecido los siguientes estándares mínimos que debe seguir toda investigación: "por autoridad independiente del autor del hecho, sujeto a escrutinio público, en un plazo razonable, *realizado de oficio en el caso de actuaciones delictivas de autoridades*, que en todo caso deben ser cautelarmente suspendidas de sus funciones, con intervención de las víctimas, etc." (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 16, la cursiva es añadida).

[111] VIGANÓ, F., «Sobre las obligaciones…» cit., p. 324.

[112] DE LUIS GARCÍA, E., «El derecho a una investigación efectiva…» cit., p. 504.

un "obstáculo procesal" que afectaría a las obligaciones de *celebración del proceso.* Es decir, mientras que el Estado incumple con el deber de investigación cuando las autoridades pueden investigar unos hechos y deciden libremente no hacerlo, el deber de celebrar el proceso se ve afectado cuando el Estado no investiga unos hechos porque tiene un marco legal que *no le ha permitido hacerlo*[113]. Es decir, cuando existen "regulaciones estatales de carácter procesal como consecuencia de las cuales comportamientos gravemente lesivos de derechos convencionales no han podido ser juzgados y, por ende, tampoco castigados"[114]. En mi opinión, es en este estadio de las obligaciones positivas desde el que se debe analizar la exigencia de denuncia que establece el artículo 191.1 del CP.

Como ha dicho con acierto TOMÁS-VALIENTE LANUZA, aunque la doctrina suele referirse a estas sentencias como ejemplos de la obligación de criminalización, los casos *X e Y contra Países Bajos* y *M. C. contra Bulgaria* suponen en realidad el incumplimiento del deber de *celebrar el proceso*[115]. Es en *X e Y* donde es más evidente, debido a que fue una laguna en la legislación procesal la que no permitió perseguir los abusos sexuales que se habían cometido sobre una menor con una discapacidad psíquica, ya que la normativa no habilitaba a sus progenitores para interponer una denuncia. Por otro lado, en el caso *M. C. contra Bulgaria*, el requisito de la prueba de la resistencia física de la víctima también puede ser interpretado como un obstáculo procesal que provocó que la Fiscalía renunciara a perseguir los hechos.

Además de ello, dentro de este tipo de obligaciones, la citada autora alude a dos sentencias en las que se condena al Estado, entre otras cosas, por establecer requisitos de perseguibilidad en materia de violencia de género: así lo estableció en la STEDH *Bevaqua y S. conta Bulgaria*, de 12 de junio de 2008[116], y posteriormente lo confirmó en la paradigmática STEDH *Opuz contra Turquía*, de 9 de junio de 2009[117]. Ambas resoluciones merecen un análisis detallado:

---

[113] *Vid.* TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado…» cit., p. 18.

[114] *Ibidem,* p. 17.

[115] *Ibidem.*

[116] STEDH (Sección 5ª), Asunto *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, de 12 de junio de 2008.

[117] STEDH, Asunto *Opuz c. Turquía*, anteriormente citada.

En la STEDH *Bevaqua y S. contra Bulgaria* se estudia un caso de violencia de género en el seno de una pareja que se estaba divorciando y se disputaba la custodia del hijo común de 3 años. La madre trataba de alejar al niño de su padre por su comportamiento agresivo, pero este se lo arrebataba continuamente agrediéndola delante del menor[118]. La policía no dio ninguna respuesta a la víctima, que le decía que "había hecho lo que había podido" y que "las cuestiones pendientes se referían a una disputa privada" (§ 24). Tras un largo proceso de divorcio en el que finalmente la mujer consiguió la custodia, se dirigió al domicilio de su exmarido para recoger sus pertenencias y este de nuevo la golpeó. Al día siguiente, la víctima presentó una denuncia ante el Ministerio Fiscal, pero este se negó a incoar el proceso penal alegando que se debía formular una acusación particular (§ 38.). Según el Código Penal Búlgaro (arts. 161) las acciones penales por lesiones corporales leves cometidas por el cónyuge de la víctima solo pueden ser incoadas por la propia víctima (§ 44 y ss.).

Para resolver este asunto, el TEDH acude a la *Recomendación (2002)5, de 30 de abril de 2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, que establece que los Estados miembros deben "garantizar que todas las víctimas de violencia tienen la oportunidad de emprender acciones legales" (38), "establecer disposiciones legales para que los procedimientos penales puedan ser emprendidos por el fiscal" (39) y "promover que los fiscales consideren la violencia contra la mujer y los niños como un agravante o un factor decisivo a la hora de decidir si procede o no la acción en interés general" (40) (§ 50 y ss.).

Esta sentencia es un ejemplo de lo que venimos exponiendo, pues en la misma el TEDH acude a distintos instrumentos internacionales que establecen la obligación de los Estados de actuar bajo el estándar de debida diligencia en la prevención, investigación y castigo de todos los actos de violencia contra la mujer. Además de la Recomendación citada en el párrafo anterior, el TEDH también se apoya en la *Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de*

[118] La mujer había abandonado el domicilio familiar con su hijo y había presentado una demanda de divorcio. En la misma solicitó la custodia del menor. Un día el padre asaltó el domicilio donde se encontraban su exmujer, la agredió físicamente y se marchó con el niño. Unos días después la madre recogió a su hijo de la guardería y se fue con él a un albergue para mujeres víctimas de violencia, y ante esto el padre la denunció por secuestro. Cuando la víctima contó a la policía lo que había sucedido, el inspector no creyó su versión de los hechos e insistió en que podía ser procesada por el secuestro de su hijo. Ese mismo día por la noche, el agresor de nuevo amenazó a la demandante y se llevó a su hijo. Finalmente llegaron a un acuerdo por la custodia, pero este no se cumplió y las agresiones continuaron produciéndose.

1993 y diversas resoluciones de la Relatora Especial de Violencia contra la Mujer (§ 43 y ss.). Estas se abordarán en el siguiente apartado.

El TEDH sentenció que Bulgaria no había cumplido con las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del Convenio, pues las autoridades debían garantizar el respeto de la vida privada y familiar de la mujer y su hijo, lo cual exigía que se adoptaran medidas provisionales de debida diligencia y sin demora. Por ello, que únicamente se permitiese a la demandante formular una acusación particular no era una medida de protección suficiente, pues la misma requería tiempo y no podía servir para evitar la repetición de los incidentes denunciados. En este caso, los hechos exigían que las autoridades prestaran una asistencia inmediata, y la legislación no tenía previstas medidas administrativas y policiales específicas que garantizaran dicha protección. Por tanto, la actuación del Estado no aprobó el denominado "test Osman"[119]. Aunque la sentencia se refiere también a la responsabilidad de la policía y de los fiscales por no iniciar ninguna actuación al considerar el litigio como un "asunto privado", el deber de evitar delitos aquí recaía en el legislador, pues la regulación era la que potenciaba que la única vía para perseguir estos hechos y adoptar medidas de protección fuese la querella de la víctima (§ 83).

Si bien la STEDH *Bevaqua y S. contra Bulgaria* es la primera que aborda la cuestión de la perseguibilidad privada, es en la famosa STEDH *Opuz contra Turquía* en la que expresamente se excluye la posibilidad de hacer depender el proceso de la denuncia de la víctima en determinadas situaciones de violencia de género. Este caso es muy conocido porque es el primero en que se reconoció que la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación y, por tanto, una violación del artículo 14 del Convenio[120].

En *Opuz contra Turquía* se evaluó si el Estado había actuado con la debida diligencia en la prevención de las agresiones mediante la adopción de medidas a pesar de que las víctimas retirasen las denuncias. En concreto, los hechos de la sentencia narran

[119] La sentencia cita el caso *Osman* y el caso *M. C. contra Bulgaria* cuando afirma que "las obligaciones positivas de las autoridades -en algunos casos en virtud de los artículos 2 o 3 y en otros casos en virtud del art. 8, tomado solo o en combinación con el artículo 3 del Convenio- pueden incluir, en determinadas circunstancias, el deber de mantener y aplicar en la práctica un marco jurídico adecuado que ofrezca protección contra los actos de violencia cometidos por particulares" (§ 65).

[120] *Vid.*, entre otras, AÑÓN ROIG, M. J., «La violencia contra las mujeres como discriminación», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 280, 2021, pp. 643 y ss.

cómo una mujer sufría continuamente actos de violencia física y psicológica por parte de su marido, quien la había amenazado en numerosas ocasiones, tanto a ella como a su madre. A pesar de que esta última había presentado un escrito ante el Ministerio Fiscal declarando que su vida corría peligro, y había solicitado que la policía adoptase medidas de protección, las autoridades únicamente tomaron declaración al agresor y, dos semanas más tarde, la madre fue asesinada (§ 7 y ss.).

Dado que el Estado era conocedor del riesgo, la falta de protección de la víctima supuso un incumplimiento de las obligaciones positivas preventivas en virtud del art. 2 CEDH (§ 149). Asimismo, junto con la condena a Turquía por no proteger adecuadamente el derecho a la vida de la madre, también se consideró vulnerado el artículo 3 CEDH por no adoptar medidas hacia la hija (la demandante), que también sufría graves agresiones por parte de su marido (§ 176). Este incumplimiento se debió, entre otras cosas, a un obstáculo en la legislación interna que no permitía continuar las investigaciones penales si las víctimas retiraban las denuncias. En la sentencia se narra que no era una cuestión que dependiese de la discrecionalidad del Fiscal, sino que a pesar de que este quería proseguir con el proceso penal, la normativa procesal no se lo permitía:

> "El Gobierno reclamó que cada vez que la Fiscalía iniciaba diligencias penales contra H. O., debía interrumpirlas, de acuerdo con la legislación interna, porque la recurrente y su madre retiraban sus denuncias. En su opinión, cualquier otra interferencia por parte de las autoridades habría equivalido a una injerencia en los derechos de las víctimas garantizados por el artículo 8. La recurrente explicó que ella y su madre habían tenido que retirar las denuncias por las amenazas de muerte y la presión ejercida por H. O" (§ 137).

El TEDH lleva a cabo un análisis de derecho comparado y observa que no existe unanimidad entre los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa sobre cómo se debe proceder ante los casos de violencia doméstica cuando las víctimas retiran las denuncias (§ 87 y ss.): solo en once Estados (entre los que se encuentra España) se establece que el proceso penal debe continuar en todo caso, mientras que en los demás se establece cierto margen de apreciación a las autoridades para decidir si continúan o no con las diligencias penales. De esta manera, se explica que en la mayor parte de sistemas legales se distingue entre delitos privados (que requieren la denuncia de la víctima) y delitos públicos (que normalmente son delitos graves que se consideran "de interés

público"), siendo Rumanía el único país en el que la continuación del proceso penal se basa por completo en la voluntad de la víctima.

Asimismo, se afirma que el criterio principal que suelen valorar los Fiscales en aquellos países en los que la retirada de la denuncia no es determinante es si el enjuiciamiento del delito debe considerarse "de interés público" y, además de ello, se recogen una serie de factores que en Inglaterra y Gales se tienen en cuenta en materia de violencia doméstica. Pues bien, son estos ítems desarrollados en el ámbito anglosajón los que posteriormente el TEDH establece que los Estados deberán valorar para decidir si continuar o no con el proceso penal[121]. Todo ello lleva al Tribunal a concluir que "cuanto más grave sea el delito o exista riesgo de reincidencia, las autoridades deberán actuar de oficio, incluso si las víctimas retiran las denuncias" (§ 139). Como consecuencia, en el caso *Opuz* se dictaminó que la gravedad de los delitos exigía que el asunto fuese tratado como un problema de interés general[122].

En síntesis, en esta importante resolución del TEDH se establece que, en la ponderación de intereses en juego, la gravedad de los delitos es un factor decisivo que debe inclinar la balanza hacia la protección de las víctimas (protección que debe otorgarse incluso aunque las mismas no la soliciten). Se establece así una especie de desconfianza hacia la víctima de violencia de género, pues el TEDH afirma expresamente que "las autoridades nacionales no pueden confiar en la actitud de la víctima para no tomar medidas adecuadas" (§ 153). Además de ello, en el caso concreto, se dijo que las

[121] "La gravedad del delito; si las lesiones de la víctima son físicas o psicológicas; si el acusado utilizó un arma; si ha realizado amenazas desde la agresión; si planeó el ataque; el efecto (incluido el psicológico) sobre los hijos que viven en la casa; las probabilidades de que el acusado actúe de nuevo; la continuidad de las amenazas contra la salud y la seguridad de la víctima u otra persona que estuviera o pudiera estar implicada; el estado actual de la relación de la víctima con el acusado; el efecto que tendría sobre esta relación continuar con el proceso en contra de los deseos de la víctima; la historia de la relación, particularmente si ha habido otros episodios de violencia en el pasado; el historial criminal del acusado, concretamente cualquier acto violento anterior" (§ 138).

[122] "El Tribunal lamenta señalar que las diligencias penales en el presente asunto dependían estrictamente de que hubiera denuncias de la demandante y su madre debido a las disposiciones de la legislación interna en vigor en la época; por ejemplo, los artículos 456.4, 457 y 460 del ahora extinto Código Penal, que condicionaban la continuidad de los fiscales con las diligencias penales a los actos en cuestión hubieran ocasionado enfermedades o bajas laborales de diez días o más. […] En otras palabras, el marco legislativo en vigor en la época de los hechos, concretamente el mínimo de diez días de enfermedad o incapacidad laboral exigido, incumplía los requerimientos inherentes a las obligaciones positivas del Estado para establecer y aplicar efectivamente un sistema que sancionara cualquier forma de violencia doméstica y dispusiera garantías suficientes para las víctimas. El Tribunal por tanto, considera que, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por H. O. en el pasado, los fiscales deberían poder continuar el procedimiento como un asunto de interés general, sin tener en cuenta que las víctimas hayan retirado las denuncias" (§ 145).

autoridades debían haber considerado "los motivos que habían detrás de que retirasen las denuncias", pues la decisión de las víctimas de no continuar el proceso no había sido fruto de un deseo genuino, sino que su voluntad se encontraba viciada debido a las amenazas llevadas a cabo por el agresor (§ 139). Al igual que hizo en el caso *Bevaqua contra Bulgaria*, el TEDH fundamentó su decisión acudiendo a la Recomendación (2002)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que señala que los procedimientos en materia de violencia contra la mujer deben poder ser iniciados por el Fiscal, y que en todo caso se entenderá que existe un interés general en la persecución de la violencia de género.

Esta misma doctrina ha sido aplicada posteriormente a un caso de violencia sexual, aunque también cometido en el seno de una pareja. Así, en la STEDH *B. contra Moldavia*, de 16 de julio de 2013[123], se analiza un supuesto de violencia de género en el que se produjeron dos intentos de agresión sexual. Tras el primero, la fiscalía inició un procedimiento penal, pero fue sobreseído porque la víctima retiró su denuncia. Unos años más tarde, la víctima declaró de nuevo que su expareja había intentado violarla y, aunque no lo denunció, las lesiones que sufrió fueron constatadas en un informe médico. La ausencia de denuncia condicionó la valoración del riesgo que llevaron a cabo las autoridades nacionales, que no la protegieron de los malos tratos que estaba sufriendo.

La demandante alega ante el TEDH que "había retirado su denuncia por temor a que elementos de su vida privada fueran divulgados al público", pero entiende que de igual modo las autoridades debían haber continuado con la investigación. En su opinión, "Moldavia era uno de los pocos países del Consejo de Europa donde el inicio y la continuación de una investigación penal de un delito tan grave como la violación dependía totalmente de que la presunta víctima continuara presentando cargos contra el presunto agresor. Dada la situación de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia doméstica y violación, la interrupción del procedimiento solo podría haber tenido lugar tras una investigación muy exhaustiva, a diferencia de lo que ocurre en el presente caso" (§ 36). Por ello, la demandante consideró que se habían vulnerado los artículos 3 y 8 de la CEDH.

Para resolver este caso, el TEDH acudió a lo establecido previamente en el caso *Opuz contra Turquía* y recordó que en el contexto de la retirada de denuncias por violencia

[123] STEDH (Sección 3ª), Asunto *B. c. Moldavia*, de 16 de julio de 2013.

doméstica "parece existir un reconocimiento del deber por parte de las autoridades de encontrar un equilibrio entre los derechos de la víctima en virtud del artículo 2, del artículo 3 o del artículo 8 a la hora de decidir una línea de actuación y que cuanto más grave sea el delito o mayor sea el riesgo de que se produzcan nuevos delitos, más probable es que el procedimiento deba continuar en interés público, incluso si las víctimas retiran sus denuncias" (§ 54). La aplicación de estos principios al caso concreto llevó al TEDH a verificar que las autoridades nacionales no cumplieron con sus obligaciones positivas en virtud de los artículos 3 y 8 del CEDH, pues no analizaron la gravedad ni el número de agresiones que la demandante había sufrido por parte de su pareja. Según el TEDH, la gravedad de la primera alegación de violación habría exigido proseguir la investigación penal, a pesar de que ella hubiese retirado la denuncia. Asimismo, la segunda alegación de violación, unida a las pruebas médicas que la confirmaban, debían haber conducido a una investigación de oficio al respecto (§ 54).

La jurisprudencia analizada muestra que, en contextos de violencia de género dentro de la relación de pareja, exigir la denuncia de la víctima para perseguir delitos graves (o delitos leves en los que existe un riesgo de reiteración delictiva) constituye un incumplimiento de las obligaciones positivas de protección. En los casos expuestos las autoridades se encontraban ante obstáculos procesales que impidieron cumplir con su obligación de *investigar* y *celebrar el proceso*, lo que repercutió directamente sobre el deber de *evitar delitos* (la prueba "Osman"). Debido a que todos los casos analizados se refieren a supuestos de violencia en la pareja (donde, como es sabido, el riesgo de reincidencia es más elevado que en otros delitos), se plantea la duda sobre si la gravedad de un delito de violación, por sí sola, podría haber conducido al TEDH a la misma conclusión si este se hubiese cometido fuera de una relación de pareja. Por el momento, parece que las razones de interés público que justifican la intervención del Ministerio Fiscal, incluso en contra de la voluntad de las víctimas, solo se han apreciado en casos de violencia en la pareja, tras realizar la correspondiente valoración del riesgo.

Por último, cabe tener en cuenta una sentencia reciente en la que se ha establecido la obligación de los Estados de proteger a las víctimas de violación especialmente vulnerables: la STEDH *J.I. contra Croacia*, de 30 de enero de 2023[124]. En esta se narra

[124] STEDH (Sección 1ª), Asunto *J. I. c. Croacia*, de 30 de enero de 2023.

la situación de una mujer gitana que había sufrido abusos sexuales por parte de su padre, que se encontraba en prisión y la había amenazado con matarla durante un permiso penitenciario (lo cual le produjo un grave sufrimiento psicológico constitutivo de un trato inhumano en el sentido del art. 3 del Convenio)[125]. En este caso se determinó que las autoridades estatales no habían cumplido con las obligaciones positivas de *investigación* y de *evitación* de delitos, por no actuar frente a las amenazas que la víctima había denunciado[126].

Resulta interesante acudir a esta resolución por la referencia que contiene sobre la perseguibilidad, pues el TEDH afirma que la policía está obligada a llevar a cabo una investigación siempre que tenga conocimiento de que podría haberse cometido un delito penal cuyo enjuiciamiento se lleve a cabo de oficio (en el caso concreto, las amenazas graves provenientes de un miembro de la familia eran un delito público según la legislación croata). Pero además se añade que, incluso en el caso de que se hubiera determinado que los delitos únicamente podían procesarse previa denuncia de la víctima, la policía también habría tenido el deber de actuar y de informarle de sus derechos:

> "Incluso si las autoridades hubieran concluido finalmente que las alegaciones de la demandante se referían a una infracción penal perseguida por la acusación particular o que los hechos denunciados no presentaban las características de una infracción penal, la policía debería haberle informado en consecuencia, pero nunca lo hicieron" (§ 95).

Esto representa, a mi juicio, una cuestión central de las obligaciones positivas de protección en relación con nuestro objeto de estudio: el deber de las autoridades de investigar e informar a las víctimas de sus derechos no desaparece porque el régimen de perseguibilidad sea privado o semipúblico. En efecto, como se verá a continuación, la normativa internacional establece que las víctimas de todos los delitos, con independencia de su naturaleza pública o privada, tienen derecho a recibir información desde el primer momento de contacto con las autoridades. Entre otras cosas, estas deberán informales de

[125] Esta sentencia supone un gran avance para los derechos de las víctimas de violencia sexual, pues en la misma se adopta una perspectiva de género interseccional, y se recogen los sesgos que en ocasiones presentan las investigaciones policiales cuando las víctimas son mujeres gitanas (§ 74-75).

[126] Sobre la aplicación de la prueba Osman en este caso *vid.* GARCÍA ORTIZ, A. M., «Violencia sexual y obligaciones…» cit., pp. 567 y ss.

los procedimientos de interposición de denuncias y de su participación en tales procedimientos.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD PRIVADA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Hasta ahora se han estudiado las obligaciones positivas de protección que ha desarrollado el TEDH y que afectan a nuestro objeto de estudio, pero es importante recordar que existen otras obligaciones de tutela penal que se derivan de la normativa internacional[127]. Mientras que los deberes de protección que hemos analizado hasta ahora surgen en casos puntuales como "contenido implícito de las normas de Derechos Humanos Fundamentales"[128], las obligaciones que provienen de los tratados internacionales sobre violencia contra la mujer contienen mandatos explícitos de criminalización, investigación, persecución y sanción. Por ello, es imprescindible llevar a cabo un análisis de aquellas disposiciones de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea que pueden influir en la configuración de la perseguibilidad de los delitos sexuales en el derecho interno.

1. Naciones Unidas: "cuando las mujeres nos hicimos humanas"

Es en el ámbito de Naciones Unidas donde por primera vez se reconoce que la violencia que se comete contra las mujeres es un problema público, por lo que es necesario crear un sistema de obligaciones para los Estados[129]. En este sentido, FACIO asegura que, gracias al movimiento feminista, en la II Conferencia Mundial sobre la protección de los derechos humanos, celebrada en Viena en 1993, "las mujeres nos hicimos humanas", ya que hasta entonces la violencia contra las mujeres se había

[127] Así lo apunta ASHWORTH, A., *Positive Obligations…* cit., p. 196.

[128] GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., *Las obligaciones estatales…* cit., p. 306.

[129] *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Los deberes del estado…» cit., p. 102.

percibido como un asunto privado que el derecho internacional de los derechos humanos dejaba de lado[130].

La *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993* es el primer instrumento internacional de Naciones Unidas que define la violencia contra las mujeres como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que constituye una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Declaración adopta un concepto amplio de violencia contra la mujer, de manera que engloba la violencia sexual cometida tanto dentro de la familia como en la comunidad en general[131]. A pesar de carecer de fuerza vinculante, se considera el instrumento que mejor aborda la violencia contra las mujeres "como violación género específica de los derechos humanos universales"[132].

En segundo lugar, la CEDAW dictó una serie de Recomendaciones específicas sobre violencia contra las mujeres[133]. Así, en las Recomendaciones Generales 12 (1989) y 19 (1992) se afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación dentro de la definición de la Convención, ya que impide el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos, y se reconoce por primera vez la obligación de los Estados de adoptar "medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de

---

[130] FACIO, A., «Viena 1993…» cit., p. 5. Como señala AÑÓN ROIG, la Conferencia de Viena se dirigió "a aquellos países que abogan por los derechos humanos y, al mismo tiempo, consideran que pueden excepcionar algunos de ellos —por ejemplo, los derechos de las mujeres y/o los derechos de participación democrática— alegando que son inadecuados para su sociedad" (AÑÓN ROIG, M. J., «Derechos Humanos y obligaciones positivas», en: BERNUZ BENEITEZ, M. J., CALVO GARCÍA, M. (Eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 47). El compromiso asumido en Viena "fue confirmado en Nairobi y posteriormente, en 1995, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing y su plataforma de acción dio un paso fundamental, renovando el compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros" (GIL RUIZ, J. M., «La catarsis del derecho ante la subordiscriminación», en: GIL RUIZ, J. M. (Ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 33).

[131] Art. 2 de la Declaración: "Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra".

[132] AÑÓN ROIG, M. J., «La violencia contra las mujeres…» cit., p. 624.

[133] *Vid.* FACIO, A., «Viena 1993…» cit., pp. 8 y ss.

violencia por razones de sexo"[134]. Del mismo modo que la Declaración, las Recomendaciones de la CEDAW contemplan la violación y otras formas de violencia sexual, como el acoso sexual en el ámbito laboral, entre las diferentes formas de violencia contra la mujer.

Requiere una especial mención la Recomendación 35 (2017) de la CEDAW, ya que a través de esta resolución se detallaron las diferentes obligaciones de tutela penal[135]. Entre las mismas, hay una que incide directamente sobre la cuestión de la perseguibilidad, pues se recomienda a los Estados que apliquen las siguientes medidas con respecto al enjuiciamiento y el castigo de la violencia por razón de género contra la mujer (párrafo 32, letra a):

> "Garantizar el acceso efectivo de las víctimas a las cortes y los tribunales y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer mediante, entre otras cosas, la aplicación del derecho penal y, según proceda, el enjuiciamiento *ex officio* para llevar a los presuntos autores ante la justicia de manera justa, imparcial, oportuna y rápida e imponer sanciones adecuadas."

Paralelamente, otro organismo que ha tenido un importante papel en el desarrollo del principio de debida diligencia, así como en la significación de la violencia sexual como una manifestación de la violencia contra las mujeres, es la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, la cual fue creada tras la aprobación de la Declaración de 1993 con el objetivo de ser su máximo intérprete[136]. Los diferentes informes que las Relatoras han publicado desde entonces se refieren a la violencia sexual y a la violación como una violencia estructural expresión del dominio patriarcal[137]. Como

---

[134] *Vid.* recomendación concreta n.º 24 de la Recomendación General n.º 19.

[135] Se establece expresamente el deber de los Estados de "prevenir, investigar, enjuiciar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer". Esta obligación se extiende a todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y se entiende que su no cumplimiento es equivalente a dar "un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia contra la mujer" (Párrafo 24 de la Recomendación General n.º 35).

[136] Como apunta AÑÓN ROIG, "a las relatorías debemos el desarrollo del concepto de diligencia debida como principio clave para sostener la responsabilidad jurídica sobre la prevención, investigación y castigo de las violaciones de agentes estatales y no estatales. El uso de este concepto ha cambiado considerablemente la naturaleza de las obligaciones estatales" (AÑÓN ROIG, M. J., «La violencia contra las mujeres…» cit., p. 625).

[137] *Informe Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, 1994,* párrafo 5: "La mujer es víctima de algunas formas universales de abuso, como la violación y la violencia en el hogar. Además, algunas formas

refiere TARDÓN RECIO, las Relatoras "se sitúan ante la violación de manera categórica, al referirse a ella como una forma de violencia sistémica, desmontando uno de los mitos más universales del discurso patriarcal, que circunscribe la violación a circunstancias anecdóticas"[138].

Si bien las sucesivas titulares de la Relatoría Especial han abordado diferentes cuestiones relacionadas con la violencia sexual, no fue hasta el año 2021 que se elaboró un informe centrado en la responsabilidad de los Estados en la prevención y sanción del delito de violación. Dicho informe –titulado "La violación como una vulneración grave, sistemática, y generalizada de los Derechos Humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y niñas, y su prevención"[139]– analiza por primera vez de forma conjunta las lagunas existentes en diferentes países en relación con la regulación del delito de violación, y elabora una serie de recomendaciones para su prevención a través de la armonización de la legislación penal de los Estados parte con las nomas y la jurisprudencia internacionales sobre la materia.

Sus aportaciones requieren una especial consideración. En primer lugar, la Relatora justifica la necesidad de dedicar un informe a esta problemática debido al "cambio general en la percepción y en el rechazo público de la violencia sexual y la violación, que aún no ha ido acompañado de las modificaciones jurídicas necesarias de las leyes penales, en su mayoría conservadoras, a nivel nacional" (Párrafo 15). En relación con este tema, España aparece citada en el informe como un ejemplo de cómo las protestas feministas, tras el caso "La Manada", han dado lugar a una reforma sobre el delito de violación en la legislación nacional[140].

culturales son específicas de determinados países y regiones. Pueden mencionarse la mutilación genital femenina, la prueba de la virginidad, la quema de la esposa y el vendaje de los pies de las niñas. Se afirma que todo intento de universalizar la experiencia de la mujer servirá solo para esconder otras formas de opresión, como las basadas en la raza, la clase o la nacionalidad, reserva que es necesario anotar y reconocer. Sin embargo, debe aceptarse que algunas modalidades de dominio patriarcal son universales, aunque dicho dominio adopte diferentes formas como resultado de experiencias históricas particulares y diferentes".

[138] TARDÓN RECIO, B., *La violencia sexual: desarrollos feministas, mitos y respuestas normativas globales*, UAM, Madrid, 2017, pp. 162-163.

[139] *Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Simonovic, 2021*.

[140] *Vid.* Párrafo 13. También se mencione a Chile, señalando que la canción de un "violador en tu camino" de "Las Tesis" ha llegado a ser un himno en todo el mundo.

Por otro lado, se recogen numerosos informes elaborados por organizaciones de la sociedad civil[141] que ponen de manifiesto la incapacidad de los Estados para dar respuesta a los factores estructurales que producen, por un lado, que la mayoría de los autores gocen de impunidad, y, por otro, que la mayoría de las víctimas no denuncien, y se razona que estos factores tienen que ver tanto con la legislación deficiente, como con su aplicación práctica a partir de mitos y estereotipos de género:

> "Todos esos factores contribuyen a que los casos de violación a menudo no se denuncien. Cuando se denuncian, rara vez se inician acciones penales; cuando se inician, el procedimiento casi nunca se lleva a cabo con perspectiva de género y suele dar a lugar a muy pocas condenas, a la revictimización de las sobrevivientes y a altas tasas de abandono, lo que contribuye a una normalización de la violación, una cultura de la violación o el silencio sobre la violación, la estigmatización de las víctimas y la impunidad de los autores"[142].

Por lo que se refiere a la esfera penal, el informe establece una serie de recomendaciones político-criminales sobre la tipificación y persecución efectiva del delito de violación. No solo se centra en la definición del delito, sino que también determina cómo los Estados parte deberían regular otras disposiciones de Derecho penal, como la edad de consentimiento de la víctima, los plazos de prescripción y las circunstancias atenuantes. Al mismo tiempo, se examinan también las disposiciones procesales sobre la protección de las víctimas.

En relación con la perseguibilidad, la Relatora ha recomendado expresamente que los procesos penales por violación sean iniciados de oficio y que no dependan totalmente de la denuncia de la víctima. Resulta muy interesante el análisis de Derecho comparado que se lleva a cabo:

---

[141] EQUALITY NOW, *The World's Shame: The Global Rape Epidemic – How Laws Around the World Are Failing to Protect Women and Girls from Sexual Violence*, 2017; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Rape and sexual violence: human rights law and standards in the International Criminal Court,* 2008, y *Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards*, 2018; INTERNATIONAL WOMEN'S RIGHTS ACTION WATCH ASIA PACIFIC, *Addressing Rape as a Human Rights Violation: The Role of International Human Rights Norms and Instruments*, Kuala Lumpur, 2007; SISTERS FOR CHANGE, *The Criminalisation of Marital Rape and Intimate Partner Sexual Violence across the Commonwealth*, Londres, 2019.

[142] *Vid.* Párrafo 12.

"91. En la inmensa mayoría de los Estados, la violación se persigue de oficio, es decir, por medio de la fiscalía, sin depender totalmente de la denuncia de la víctima. No obstante, en algunos Estados, la violación se persigue a instancia de parte. En Cuba, por ejemplo, los casos de violación se enjuician siempre *ex parte* y el proceso se interrumpe si las víctimas retiran la denuncia. En otros Estados se aplica un enfoque mixto. Por ejemplo, en el Ecuador las acciones penales se inician a instancia de parte en los casos de estupro (relaciones sexuales con una persona menor de edad mediante engaño), y en Eslovenia, México y Turquía, en los casos de violación conyugal o dentro de la pareja. Asimismo, solo las formas de violación agravadas se persiguen de oficio en Estados como Azerbaiyán y Rumania, y en otros las víctimas pueden recurrir a la acusación privada si se les ha negado la pública.

92. El no enjuiciamiento de casos de violación suele ser el resultado de decisiones discrecionales de los fiscales. Los criterios establecidos por la ley para no iniciar acciones penales varían y pueden dar un amplio poder discrecional a los fiscales. Tal es el caso del Japón, por ejemplo, donde un fiscal puede decidir no presentar cargos si el enjuiciamiento se considera innecesario debido al carácter, la edad y el entorno del autor, la gravedad del hecho delictivo y las circunstancias o la situación posteriores a este, como ocurre con todos los delitos".

A continuación, la Relatora se refiere a la Recomendación 35 (2017) de la CEDAW anteriormente citada, así como al Convenio de Estambul que, como veremos a continuación, también ha establecido que el enjuiciamiento de los casos de violación no dependa totalmente de la presentación de una denuncia por parte de la víctima[143]. Por todo ello, la Relatora concluye que "*el delito de violación debe perseguirse de oficio*, sin que las facultades discrecionales de los fiscales sean demasiado amplias, y el inicio de acciones penales no debe depender únicamente de la denuncia de la víctima"[144].

[143] Párrafo 93.

[144] Párrafo 94. La cursiva es añadida.

2. El Consejo de Europa: la reapertura de un viejo debate tras el Convenio de Estambul

El Consejo de Europa es otro de los organismos internacionales que ha apostado por la persecución de oficio de la violencia contra las mujeres. Ya se ha visto que el TEDH recurre en sus sentencias sobre esta cuestión a la Recomendación (2002)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que insta a los Estados a asegurar que los procedimientos penales puedan ser emprendidos por los fiscales, y que estos consideren la violencia contra la mujer y los niños como "un factor decisivo a la hora de decidir si procede o no la acción en interés general"[145].

En esta línea, en 2005 el Convenio de Varsovia relativo a la lucha contra la trata de seres humanos[146] estableció que las investigaciones y actuaciones penales no deben "estar subordinadas a la declaración o a la acusación formulada por una víctima" (art. 27). En el mismo sentido, en 2007, el Convenio de Lanzarote destinado a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual[147] prescribió que los Estados parte deben asegurar que "las investigaciones o enjuiciamiento de los delitos […] no estén supeditados a una denuncia o acusación por parte de la víctima, y para que el procedimiento siga adelante incluso en el caso de que la víctima se retracte" (art. 32).

Ahora bien, como ya se ha apuntado, el instrumento del Consejo de Europa que ha tenido una mayor repercusión sobre la legislación nacional en materia de delitos sexuales es el Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011 (ratificado en 2014 por el Estado español)[148]. Este Convenio también adopta un concepto amplio de violencia contra las mujeres (art. 3) y consagra el principio de debida diligencia (art. 5). En lo relativo a la perseguibilidad, el artículo 55 prescribe los siguiente:

---

[145] Párrafos 39 y 40.

[146] Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

[147] Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

[148] Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

> "1. Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia".

Esta disposición nos obliga a replantearnos el régimen de perseguibilidad los delitos sexuales. Aunque se trata de una cuestión que con carácter general no ha recibido mucha atención de la doctrina, entre quienes sí la han estudiado se adoptan dos posturas opuestas sobre si el artículo 191.1 del Código Penal contraviene este mandato internacional. Por un lado, VILLACAMPA ESTIARTE considera que el Convenio no impone la persecución de oficio de los delitos de violencia contra la mujer, sino que simplemente advierte de que en estos casos "resulta deseable que la perseguibilidad de estas conductas no dependa enteramente de la denuncia o demanda de la víctima"[149]. No obstante, en contra de esta postura, GARCÍA RIVAS ha afirmado que de este artículo del Convenio de Estambul se desprende que "no cabe mantener la persecución semiprivada de los delitos contra la libertad sexual en nuestro ordenamiento por el vigor de este instrumento jurídico internacional de enorme alcance político (criminal)"[150].

De esta última opinión es también PECORELLA, que ha señalado que los requisitos de perseguibilidad en materia de violencia de género y violencia sexual presentan serios problemas de compatibilidad con el citado artículo 55. Según esta autora italiana, este artículo evidencia "una clara toma de posición contra la facultad atribuida a la víctima de decidir el inicio y la prosecución del procedimiento penal en presencia de uno de esos delitos en los que se manifiesta la violencia masculina contra las mujeres: la violencia física y sexual, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización sin consentimiento" (son estos los delitos recogidos en los arts. 35 a 39

[149] VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia…» cit., p. 11.

[150] GARCÍA RIVAS, N., «Signos de privatización del Derecho penal en el siglo XXI», en: ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. (Ed.), *El derecho ya no es lo que era: las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, 2021, p. 409.

del Convenio)[151]. Además, añade que el precepto impone a los Estados la obligación de disponer de "estructuras asistenciales y de investigación […] para conseguir identificar cuanto antes a las mujeres víctimas de violencia y necesitadas de protección, antes de que sea demasiado tarde o de que la violencia ya haya dejado una marca indeleble"[152]. Por ello, considera que establecer un sistema de perseguibilidad a instancia de la víctima "puede constituir una fácil excusa para el Estado que no sepa o no quiera emplear medios y recursos para afrontar el problema de otra forma"[153].

En Italia, el régimen de persecución mediante *querela*[154] de los delitos sexuales dio lugar a un profundo debate a partir de los años ochenta con ocasión de la reforma de estos delitos, tanto en la doctrina penal, como dentro de los feminismos[155]. A pesar de que desde un importante sector se reivindicó la total publificación de la persecución de la *violenza sessuale*, finalmente el Código Rocco estableció en el artículo 609 *septies* la perseguibilidad privada, aunque exceptuando una serie de supuestos en los que se procede de oficio (por ejemplo, si el hecho está conectado con otro delito de carácter público)[156].

---

[151] PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad de la querella en los procesos por violencia de género», en: DOVAL PAIS, A. (Dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 171.

[152] *Ibidem*, p. 187.

[153] *Ibidem.*

[154] La figura de la "querela" es equivalente a la de la denuncia en el sistema español. A través de esta, la víctima autoriza al Ministerio Fiscal para iniciar la acción penal, pero no se convierte en parte acusadora. Al igual que sucede en España, la regla general es la persecución de oficio, por lo que la perseguibilidad de los delitos sexuales constituye una excepción. *Vid.* BATTAGLINI, G., *La querela*, Utet, Torino, 1958, pp. 10 y ss.; LATTANZI, G., LUPO, E., *Codice di procedura penale: assegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. 441 y ss. No obstante, el catálogo de infracciones que requieren *querela* ha sido ampliado tras una reforma reciente. *Vid.* VILLAFRATE, A., (31 de octubre de 2022), «Reati procedibili a querela di parte dal 1° novembre 2022», *Studio Cataldi: il diritto quotidiano*, Disponible en: https://www.studiocataldi.it/articoli/45077-reati-procedibili-a-querela-di-parte-dal-1176-novembre-2022.asp (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[155] *Vid.* VIRGILIO, M., «Una vicenda dentro e fuori il parlamento. Dalla VII alla XII legislatura», en: CADOPPI, A. (Coord.), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale"*, Cedam, Padova, 1996, pp. 481 y ss.; PITCH, T., *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 181 y ss. Pueden consultarse las últimas reformas que han experimentado estos delitos en: OLALDE GARCÍA, A., «A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado», *La Ley Penal*, n.º 154, 2022, pp. 5 y ss.; CALLETI, G. M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Fondazione Bologna University Press, Bologna, 2023, pp. 7 y ss.

[156] Se procede de oficio: 1.- si el delito se comete contra una persona menor de dieciocho años; 2.- si el hecho es cometido por el ascendiente, por el progenitor, incluso adoptivo, o por su conviviente, por el tutor o por otra persona a quien el menor esté encomendado por razones de cuidado, educación, vigilancia o guarda o que tenga un relación de convivencia con ella; 3.- si el hecho es cometido por un funcionario público o por un encargado de un servicio público en el ejercicio de sus funciones; 4.-si el hecho está relacionado con otro delito por el que deba practicarse diligencia de oficio; 5.- si el hecho se comete en la

Como ha apuntado PROVERBIO, son tantos los casos perseguibles de oficio (según el autor, "síntoma y signo tangible de una voluntad puramente punitivista estatal motivada por una ofensa que trasciende al individuo singular") como para poner en duda la efectiva naturaleza personalista y semiprivada de estos delitos[157]. Por otro lado, se prohibió que la víctima pudiera retirar la *querela* una vez iniciado el procedimiento, confirmándose así el carácter semipúblico de estos delitos[158].

Si bien podía parecer que la discusión había concluido, volvió a plantearse cuando en 2013 se introdujo el delito de *stalking* ("atti persecutori" o actos de persecución: art. 612-bis CP italiano) y, junto con la perseguibilidad a instancia de parte, se dispuso una irrevocabilidad absoluta de la *querela*, para evitar chantajes y amenazas sobre la víctima. Las críticas que recibió esta regulación, que coinciden con las que veinte años antes se produjeron en relación con los delitos sexuales[159], dieron lugar a que se restableciera la posibilidad de retirar la *querel*a, pero prohibiéndose en el caso de que el delito se haya cometido mediante amenazas reiteradas y graves[160]. Sin embargo, como se verá (*infra*, Capítulo V), hay quienes cuestionan que en estos casos las víctimas actúen de forma totalmente libre, lo que lleva a demandar una persecución de oficio de todas las formas de violencia contra la mujer. Es por ello por lo que PECORELLA considera necesario reabrir el debate que se produjo en los años ochenta, no solo por el mayor conocimiento

hipótesis a que se refiere el artículo 609-quáter, último párrafo (este precepto se refiera a los delitos sexuales contra menores de 10 años).

[157] *Vid.* PROVERBIO, D., «Commento all'art. 609 septies», en: DOLCINI, E., y MARINUCCI, G. (Dirs.), *Codice penale commentato*, Wolkers Kluwer, Vicenza, 2011, p. 5886.

[158] *Vid.,* entre otras, VERRI, A., «Commento all'art. 609 septies: Querela di parte», en: DOLCINI, E., MARINUCCI, G. (Dirs.), *Codice penale commentato*,Wolkers Kluwer, Vicenza, 2015, pp. 456 y ss.; FIANDACCA, G., GIARDA, A., *Codice penale. Condice di procedura penale. Leggi complementari*, Wolkers Kluwer, Milano, 2019, pp. 467 y ss.; BARTOLINI, R., PELISSERO, M., SEMINARA, S., *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, Giappicheli, Torino, 2022, pp. 185 y ss.

[159] Según PECORELLA, "Los argumentos utilizados para inducir al legislador a corregir esa previsión no han sido distintos de los empleados, sin éxito, casi veinte años antes cuando, con ocasión de la reforma de los delitos sexuales, por muchos se proponía que el mantenimiento del régimen de procedibilidad a instancia de parte en gran parte de esos delitos se acompañase de un replanteamiento de la prohibición originaria de retirada de la querella, de forma que se permitiera a la mujer dar marcha atrás, por la razón que fuera. El poder de decidir sobre el recurso o no a la justicia penal por la agresión sufrida se consideraba –y todavía sigue considerándose hoy así– expresión necesaria e imprescindible de la libertad de autodeterminación de la mujer, cuyo sacrificio no podría imponerse para satisfacer pretendidas instancias punitivas y securitarias" (PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad…» cit., p. 170).

[160] *Vid.*, crítico con esta reforma: LO MONTE, E., «Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di ciu al recente D.L. núm.93/13, con. In L. 119/13, in tema di 'femminicidio'», *Diritto Penale Contemporaneo,* p. 12.

que hemos adquirido sobre el fenómeno de la violencia contra las mujeres desde entonces, sino también por las obligaciones que nos llegan desde el ámbito internacional[161].

A pesar de que en España el artículo 55 del Convenio de Estambul no ha tenido ninguna repercusión sobre el régimen de perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales, entre las enmiendas a la LOGILS se encuentra una del Grupo Parlamentario Republicano en la que se alegaba que esta disposición (junto con los artículos 27[162] y 28[163] del Convenio) prevé que la denuncia pueda también formularse por parte de otras personas, por lo que "debe reformarse el artículo 191 o, al menos, posibilitar la denuncia de centros médicos y asistenciales que tengan constancia o fundada sospecha de la comisión de este delito, así como una investigación policial, para remisión a la Fiscalía para que impulse la incoación del procedimiento"[164]. Además de apoyarse en el Convenio de Estambul, esta enmienda recurre a otros argumentos que serán abordados en el Capítulo V.

3. Unión Europea: especial referencia a la nueva Directiva en materia de violencia contra las mujeres

La normativa europea sobre la posición de la víctima en el sistema penal (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo), no hace ninguna referencia a la prohibición de la perseguibilidad privada, pero

[161] *Ibidem.*

[162] Art. 27 (Denuncia): "Las Partes tomarán las medidas necesarias para alentar a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio, o que tenga serias razones para creer que se podría cometer algún acto o que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos de violencia, para que lo denuncie a las organizaciones u autoridades competentes".

[163] Art. 28 (Denuncia por profesionales): "Las Partes tomarán las medidas necesarias para que las normas de confidencialidad impuestas por sus legislaciones internas a ciertos profesionales no impidan, en condiciones apropiadas, hacer una denuncia a las organizaciones u autoridades competentes si tienen razones serias para creer que se ha cometido un acto grave de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio y que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos graves de violencia".

[164] Enmienda n.º 385 presentada por el Grupo Parlamentario Republicano (BOCG, Congreso, Serie A núm. 62-3, 21 de enero de 2022, pp. 267 y ss.).

sí que establece la obligación de los Estados miembros de ofrecer apoyo a las víctimas, con independencia de que decidan o no denunciar formalmente la violencia sufrida (art. 8.5), por lo que la actuación de los servicios de atención a la víctima no puede quedar supeditada a la incoación de un proceso penal[165]. Asimismo, exige que el personal que recibe las denuncias esté debidamente formado para ello, lo que "aumentaría la confianza de las víctimas en los sistemas de justicia penal y reduciría el número de delitos no denunciados" (art. 63). Este mismo precepto añade que "se deben tomar medidas para posibilitar las denuncias de terceros, incluidas las de organizaciones de la sociedad civil".

Del mismo modo que el Convenio de Lanzarote y el Convenio de Varsovia, la Directiva sobre delitos sexuales contra menores[166], y la Directiva sobre trata[167], contienen distintas disposiciones que se refieren a la necesidad de que el proceso no dependa de la denuncia de la víctima y pueda continuar su curso, aunque esta retire su declaración[168].

En esta línea, la nueva Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, ha incorporado una disposición muy similar a la recogida en el Convenio de Estambul sobre la perseguibilidad. Se refiere específicamente a este asunto en el apartado quinto del art. 15, que reza lo siguiente:

> "Los Estados miembros velarán por que la investigación o el enjuiciamiento de los actos de violación no dependan de la denuncia por parte de la víctima o su representante, ni de la querella de la víctima o de su representante, y por que la causa penal no sea sobreseída por el mero hecho de que se haya retirado la denuncia o la querella"[169].

---

[165] *Vid.* SERRANO MASIP, M., «Directiva de la UE Sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, p. 11.

[166] 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.

[167] Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

[168] Art. 15 de la Directiva 2011/93/UE y 9.1 de la Directiva 2011/36/UE. En lo relativo a los menores de edad se establece, además, una obligación de denunciar dirigida a "cualquier persona que tenga conocimiento o sospechas de un caso de abusos sexuales o explotación sexual de un menor" (art. 28 Directiva 2011/93/UE).

[169] En el mismo sentido, el fundamento 37 de la Directiva señala que "la investigación o el enjuiciamiento de actos de violación no deben depender de que la víctima o el representante de la víctima denuncien tales

Asimismo, el art. 14 establece que los Estados miembros deben "animar a toda persona que sepa o sospeche de buena fe que se han cometido actos de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica, o que son previsibles actos de violencia, a que denuncie ese tipo de hechos ante las autoridades competentes sin temor a consecuencias negativas". En los fundamentos de la Directiva se razona que, en los casos de violencia doméstica y violencia contra las mujeres, especialmente cuando quienes la cometen son familiares cercanos o parejas, las víctimas pueden estar coaccionadas por el autor, por lo que temen acudir a las autoridades, aunque su vida esté en peligro. De lo anterior se desprende que los Estados deben promover la denuncia de los profesionales de la salud "cuanto tengan motivos razonables para pensar que existe un riesgo inminente de lesiones físicas graves" (§ 33).

El objetivo de la Directiva es que pueda llevarse a cabo "una evaluación individual de las necesidades de la víctima en la fase más temprana posible […] tan pronto como surja la sospecha de que la persona es víctima de violencia doméstica o sexual. Esto puede hacerse antes de que la víctima haya denunciado formalmente un delito o de oficio por las autoridades competentes, si un tercero denuncia" (§ 38). La Directiva considera "de suma importancia" que cuando las víctimas narren haber sufrido un delito "sean derivadas a un punto de contacto especializado, siempre que sea posible, con independencia de si se formaliza una denuncia penal" (§ 29).

El artículo 16 de la Directiva es el que regula esta evaluación individualizada, señalando que deberá llevarse a cabo "en la fase más temprana posible"[170]. Si bien el precepto comienza afirmando que se deben evaluar las necesidades de las víctimas, en el apartado 3 se dice que esta evaluación "se centrará en el riesgo que se derive del autor o sospechoso" y se enumeran una serie de factores para valorar ese riesgo[171]. Es decir, la

actos ni de una querella por parte de una víctima o de su representante. Del mismo modo, el proceso penal debe continuar incluso cuando la víctima retire la denuncia. Ello se entiende sin perjuicio de la facultad discrecional de las autoridades judiciales de sobreseer la causa penal por otros motivos, por ejemplo, cuando consideren que no existen pruebas suficientes para continuar la causa penal".

[170] Se pone como ejemplo de esta fase "el momento del primer contacto con las autoridades competentes o lo antes posible después del primer contacto".

[171] Art. 16.3: "La evaluación individual mencionada en el apartado 2 se centrará en el riesgo que se derive del autor o sospechoso. Dicho riesgo podrá incluir cualquiera de los elementos siguientes: a) el riesgo de violencia reiterada; b) el riesgo de lesiones físicas o psicológicas; c) el posible uso de armas y el acceso a estas; d) el hecho de que el autor o sospechoso viva con la víctima; e) el abuso de drogas o alcohol por parte del autor o sospechoso; f) el abuso de menores; g) problemas de salud mental, o h) comportamientos de acecho".

evaluación de las necesidades de las víctimas se centra en sus necesidades de protección frente al agresor. La Directiva extiende la obligación de llevar a cabo una evaluación del riesgo "al menos en lo que respecta a las víctimas de violencia sexual y a las víctimas de violencia doméstica" (art. 16.1). Como es sabido, en la actualidad en España la valoración del riesgo de violencia únicamente se lleva a cabo en supuestos de violencia de género en la pareja a través del sistema VioGén[172]. No obstante, en materia de violencia sexual la Secretaría de Estado de Seguridad ha propuesto la creación de un nuevo sistema predictivo (denominado Viosex)[173]. En relación con este tema, MAGRO SERVET ha lamentado que la Directiva no haga referencia a la posible introducción de Inteligencia Artificial en este tipo de herramientas[174].

Por otro lado, no se debe perder de vista que los artículos analizados no se aplican solo en aquellos casos en los que las víctimas sean mujeres, pues la Directiva reconoce que "también otras personas son víctimas de estas formas de violencia y, por tanto, también deben poder acogerse a las mismas medidas que aquellas previstas para las víctimas de la presente directiva" (§ 12). Asimismo, en el apartado segundo del artículo 1 se establece que "los capítulos 3 a 7 son aplicables a todas las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, independientemente de su género. Dichas víctimas son todas las víctimas de los actos tipificados como delito en el capítulo 2, así como las víctimas de cualquier otro acto de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica, tipificado como delito en otros actos jurídicos de la Unión o en el Derecho nacional". Los mencionados artículos 14, 15 y 16 se encuentran en el Capítulo 3 de la Directiva, por lo que se aplican a todas las víctimas de violencia doméstica.

Además, conviene tener en cuenta que la Directiva no contiene una definición de "violación", pues se ha dejado que sean los Estados quienes lo definan en el derecho

---

[172] Llevamos a cabo un análisis crítico de esta herramienta en: GARCÍA ORTIZ, A. M., MOLINA SÁNCHEZ, M., «Inteligencia artificial…» cit., pp. 2 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, L. (Coord.), *Tres sistemas de policía predictiva en España: Viogén, RisCanvi y Veripol*, Universitat de València, 2022, pp. 22 y ss.

[173] *Vid.* Instrucción núm. 5/2023, cit., pp. 38 y ss.

[174] "Hubiera sido deseable que la Directiva hubiera apostado por la IA como herramienta de ayuda en la detección del riesgo en la violencia de género, doméstica y sexual, ofreciendo un pronunciamiento de apoyo para ayudar a su implementación en los Estados. Si algo puede ayudar en la detección del riesgo y en su mejora es la IA, pero lo omite la Directiva, pese a insistir en la necesidad de potenciar la detección del riesgo" (MAGRO SERVET, V., «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, n.º 10518, 2024, pp. 6-7).

interno[175], y tampoco se detalla qué debe entenderse por "violencia sexual"[176]. Esta última aparece como una forma de "violencia contra la mujer" y de "violencia doméstica" en el artículo 2[177].

Así las cosas, cabe plantearse si esta Directiva puede imponer al legislador español una modificación de la perseguibilidad de los delitos sexuales. Como refiere MARTÍNEZ GARCÍA, "lo que antes ya era vinculante para la Unión al haberse adherido al Convenio de Estambul, ahora es obligatorio para todos los Estados"[178]. Según esta autora, la Directiva "consolida el derecho humano de las mujeres a una vida igualitaria y libre de violencia en la Unión Europea"[179], al mismo tiempo que "delimita las obligaciones positivas y negativas que tiene que cumplir el estado para tutelar con efectividad ese derecho humano"[180].

Habrá que esperar para ver si el legislador realiza alguna modificación en el artículo 191.1 CP para ajustarse a esta Directiva, pues el plazo máximo de transposición se ha fijado el 14 de junio de 2027 (art. 49). Entre la doctrina –escasa por el momento[181]–, hay quienes afirman que se impone a los Estados que "atribuyan la naturaleza de delito

---

[175] Este era uno de los aspectos ante los que los Estados habían presentado mayores reticencias, pues inicialmente se pretendía introducir una definición de violación centrada en el consentimiento. *Vid.* Parlamento Europeo, Oficina en España (2023), *Nueva ley europea sobre violencia machista: ¿Cómo proteger de manera efectiva a las mujeres en la UE?* [Archivo de video], Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=sCmISLg90k0&t=4101s (fecha de última consulta: 26.3.2025).

[176] Según MARTÍNEZ GARCÍA, "no se puede entender que no se haya definido la violencia sexual" (MARTÍNEZ GARCIA, E., «La nueva Directiva…» cit., p. 5).

[177] Art. 2: "A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: «violencia contra las mujeres»: todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, *sexual*, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada; «violencia doméstica»: todo acto de violencia de naturaleza física, *sexual*, psicológica o económica que se produzca dentro de la unidad familiar o doméstica, sean cuales sean los vínculos familiares biológicos o jurídicos, o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio con la víctima".

[178] MARTÍNEZ GARCIA, E., «La nueva Directiva…» cit., p. 4.

[179] *Ibidem,* pp. 6 y ss.

[180] *Ibidem,* p. 7. Se ha dicho también, en una línea coincidente, que la violencia contra las mujeres ha pasado a ser un "eurodelito" (RUIZ LÓPEZ, C., «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, p. 8).

[181] Aunque no se manifiesta expresamente sobre la cuestión de la perseguibilidad, realiza un análisis crítico de la Directiva por centrar toda la atención en la vía penal y en la denuncia: SANCHO LÓPEZ, M., «Nueva Directiva europea contra la violencia de género. Punitivismo, capacidad de agencia y garantismo», *La Ley Unión Europea*, n.º 131, 2024, pp. 1-31.

público o semipúblico" al delito de violación[182], es decir, que la Directiva no reclamaría una reforma legal ya que en el sistema actual el delito es ya semipúblico. Sin embargo, en opinión de MAGRO SERVET sí que será necesaria una adecuación del artículo 191 para que los hechos de violencia de género y sexual puedan "dar lugar a la actuación de oficio sin precisar denuncia del ofendido"[183]. Este autor es miembro del Tribunal Supremo y, como se verá en el Capítulo IV, ha sido el magistrado ponente en algunas de las sentencias más importantes sobre la interpretación y aplicación del precepto.

A mi modo de ver, la Directiva puede tener un mayor impacto que el Convenio de Estambul en nuestra regulación sobre la perseguibilidad de los delitos sexuales, pues mientras que el instrumento del Consejo de Europa prescribe que la persecución del delito no dependa "totalmente" de la denuncia (de manera que sí que podría depender, *en parte*, de la misma), en la Directiva de la UE ha desaparecido ese adverbio, por lo que cabe inferir que los procesos por violencia sexual no pueden depender *en absoluto* de la denuncia.

V. LAS RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LA PERSECUCIÓN DE OFICIO: EL CASO ARGENTINO

1. Introducción

En Argentina, igual que sucede en España e Italia, la cuestión sobre cuál es el régimen de persecución que resulta más conveniente para los intereses de las mujeres (si perseguible de oficio o a instancia de la víctima y si, una vez iniciado el procedimiento, esta instancia es revocable o no) ha sido y sigue siendo muy polémica dentro de los feminismos y de la doctrina penal[184]. El caso argentino presenta, no obstante, una

[182] En este sentido: SERRANO MASIP, M., «Directiva de la UE…» cit., p. 10.

[183] MAGRO SERVET, V., «Proyección…» cit., pp. 12-13. Asimismo, este autor añade que "sería positiva la articulación de un protocolo en las comunidades de propietarios para ayudar a la implicación de los vecinos en la lucha contra la violencia de género y sexual y una mayor solidaridad de los comuneros para denunciar estos hechos y ayudar a las víctimas que no pueden o no quieren hacerlo por el factor de la resiliencia".

[184] Así lo señala PIQUÉ, M. L., «Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional», en DI CORLETO, J. (Coord.), *Género y justicia penal*, Didot, Buenos Aires, 2017, p. 21. Estudiaremos el debate

particularidad, pues supone un claro ejemplo sobre cómo las obligaciones asumidas en los instrumentos internacionales repercuten directamente sobre la perseguibilidad de los delitos que se cometen en contextos de violencia de género. Es por ello por lo que se ha considerado oportuno dedicarle un apartado específico dentro de este capítulo.

El Estado argentino ha suscrito diferentes tratados internaciones que establecen obligaciones de tutela penal en materia de violencia contra las mujeres. Además de la CEDAW, en Latinoamérica existe la Convención Belém do Pará que, como ya se dijo, reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia en su artículo 3 (*vid. supra* III.2). Por otro lado, en el Capítulo III establece el deber de los Estados firmantes de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" (art. 7, b). Aunque la Convención no haga ninguna referencia expresa a la cuestión de la perseguibilidad, sí que impone a los Estados la persecución pública de determinadas formas de violencia contra la mujer, como se verá a continuación.

2. La acción pública dependiente de la instancia privada

Las acciones penales son la forma por la cual se excita el deber del Estado de castigar los hechos típicos y penalmente antijurídicos[185]. Para algunos delitos, entre los que se encuentran muchos que son manifestaciones de la violencia de género, el ordenamiento jurídico argentino demanda que la víctima exteriorice su voluntad de que la autoridad estatal investigue los hechos. Estos requisitos de perseguibilidad constituyen

español e italiano en páginas posteriores (Capítulos II y V). Puede consultarse la doctrina penal italiana al respecto *supra* IV.2. El debate feminista en Italia se abordará en el apartado VI.3 del Capítulo V. Para un análisis en profundidad sobre el estado de la discusión dentro de los feminismos en Argentina, *vid.* FRAGA UTGES, V., SANTANGELO, G. (Coords.), *Violencias sexuales, género y sistema penal*, Editores del Sur, 2021.

[185] En este sentido, BALCARCE, F., «La acción penal como pretensión punitiva», en LASCANO, C. J. (Dir.), *Derecho penal: Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 594.

"obstáculos procesales a la potestad punitiva"[186]. También se estudian bajo la denominación de "presupuestos procesales"[187].

El artículo 71 del Código Penal Argentino (en adelante, CPA), inserto en el Libro Primero, Título XI denominado "Del ejercicio de las acciones", establece que "deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales". Sin embargo, junto a esta regla general, contempla dos excepciones: las acciones "que dependieran de la instancia privada" y las "acciones privadas"[188]. Las primeras no suponen, propiamente, una excepción a la acción pública, ya que, por su *naturaleza*, estos delitos continúan siendo públicos (el Ministerio Público ostenta la titularidad de su ejercicio), pero, por su *promoción*, solo son promovibles a instancia de parte (únicamente puede iniciarse su investigación y enjuiciamiento si hay un impulso de la víctima)[189]. En el segundo grupo de delitos, sin embargo, el ofendido es el titular de la acción penal: no basta con que manifieste su interés en la persecución penal, sino que es necesario que la lleve adelante por sí mismo (es necesaria una querella)[190].

---

[186] ZAFFARONI, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, p. 855. Como explica MAIER, la persecución de oficio significa la falta de toda condición para la actuación del Derecho penal ante la violación de una de sus normas de deber. Cuando se prefiere proclamar la autonomía de la voluntad, como sucede de ordinario en el Derecho privado, la facultad que otorga el orden jurídico para requerir la realización estatal del Derecho al órgano judicial competente (derecho dispositivo de acción) representa someter a una condición la actuación de la voluntad de la ley. *Vid.* MAIER, J. B., *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 150.

[187] Según PASTOR, "los presupuestos procesales son las condiciones de admisibilidad que debe reunir un proceso para asegurar tanto la validez de la sentencia como del procedimiento mismo". El autor pone como ejemplo "la instancia de parte en el caso de la persecución de un delito dependiente de ella" (PASTOR, D., «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en: LASCANO, C. J. (Dir.), *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 795).

[188] FONTÁN BALESTRA apunta a que del art. 71 se desprende que la regla general es la acción pública y que las otras dos modalidades son excepciones. También añade que, aunque el CPA no haga referencia expresamente a la acción "pública", la expresión "deberán iniciarse de oficio" debe interpretarse como sinónimo de acción pública. *Vid.* FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho penal: introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 709.

[189] *Vid.* BALCARCE, F., «La acción penal…» cit., p. 595. Como indica ALBORA, la víctima tiene la facultad de "poner la acción pública en movimiento" (ALBORA, F., «El querellante y la víctima», en: ZAFFARONI, R. E. (Dir.), *El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 299).

[190] En las acciones privadas no hay intervención del Fiscal ni de la policía en la investigación (ZAFFARONI, E., *Derecho Penal*… cit., p. 858). El art. 73 del CPA contempla como acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Como ocurre en España, algunos delitos sexuales se encuentran entre los delitos de acción pública dependientes de la instancia privada, dado que quedan recogidos en el art. 72 CPA, que declara lo siguiente:

> Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:
> 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
> 2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
> 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.
> En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:
> a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;
> b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;
> c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

De acuerdo con el inciso primero, son delitos dependientes de la instancia privada los que se regulan en el art. 119 –abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal (violación)–, en el art. 120 –abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima (estupro)– y el art. 130 –rapto–[191]. Ningún otro delito sexual (corrupción de menores, pornografía infantil, etc.), se encuentra afectado por la condición de procedibilidad.

[191] ALESSIO, A., *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1064.

Ahora bien, como puede apreciarse, el precepto citado establece una excepción a la instancia privada cuando "resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91". Es decir, no todos los casos de abuso sexual, violación, estupro o rapto requerirán el impulso de parte, sino que se persiguen de oficio los supuestos de muerte de la víctima y de lesiones gravísimas[192]. Ahora bien, la muerte o las lesiones han de ser consecuencia del delito sexual, por lo que han de resultar del hecho mismo, como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima[193]. El verbo "resultare" ha permitido interpretar que el resultado de muerte o de lesión puede producirse tanto de forma dolosa como imprudente[194].

En estos casos, para que pueda avanzar el procedimiento penal se requiere que la persona legitimada por el Código (el agraviado, su tutor, guardador o representantes legales) presente una "acusación o denuncia". Del mismo modo que sucede en el sistema procesal español (*vid. infra* Capítulo II), la acusación supone la promoción de una querella, mientras que la denuncia precisa menos formalidades[195]. La jurisprudencia ha establecido que para formular una denuncia "no se requiere una forma sacramental o especial", sino que basta con que se evidencie la voluntad de que se inicie un procedimiento penal[196]. Es decir, no es necesario que se diga expresamente la palabra "insto", pues esta intención puede presuponerse del comportamiento de la víctima[197]. Ahora bien, la doctrina insiste en que se debe corroborar la voluntad de la víctima, de

---

[192] Se consideran lesiones gravísimas las que produzcan "una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir" (art. 91 CPA).

[193] *Vid.*, en este sentido, ZAFFARONI, E., *Derecho Penal*… cit., p. 857, que además añade que "es obvio que si provienen de una acción independiente y no necesaria para consumar el delito ni para su agotamiento, configuran supuestos de concurso, a cuyo respecto no entra en consideración la instancia privada. Cuando se trate de un concurso ideal entre la tipicidad de un delito de acción pública y otro de acción dependiente o de acción privada, por el que no se instó o no se querella respectivamente, el proceso solo puede avanzar respecto del delito perseguible de oficio".

[194] En este sentido, ALESSIO, A., *Código Penal…* cit., p. 1065, que pone el siguiente ejemplo: "cuando el autor, antes de violar a su víctima, le proporciona una sustancia que cree afrodisíaca o que solo la va a dormir pero que, debido a sus ingredientes tóxicos (que aquel desconoce por negligencia), le ocasiona la muerte".

[195] *Vid.* FIGARI, R. E., «Arts. 119 a 120: abusos sexuales», en: APP (Ed.), *Código Penal Comentado de Acceso Libre*, APP, Buenos Aires, 2018, pp. 222 y ss.

[196] *Ibidem.*

[197] *Vid.* MOREL, M., «Instancia de oficio en delitos en contexto de violencia de género», en: EIDEM, M., KLEIMAN, H. (Dirs.), *Nuevas visiones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2023, p. 107.

manera que si se presume y finalmente se descubre que no pretendía poner en marcha el proceso, todo lo actuado es nulo[198]. En este sentido, ARÉVALO señala que de la denuncia "no puede deducirse una ultra-intención sancionadora, ni mucho menos la autorización de la intervención estatal en un ámbito de intimidad; razón por la cual se torna indispensable requerir que quede sobradamente demostrado que la *notitia criminis* busca, además, que el Estado tome en sus manos el curso de la investigación de lo sucedido"[199].

En efecto, la consideración de la voluntad de la víctima se debe a que en estos delitos se tiene especialmente en cuenta la protección de su derecho a la intimidad[200]. Igual que sucedía en España, cuando los delitos sexuales eran considerados "delitos contra la honestidad", la instancia privada se justificaba en la necesidad de preservar la honra de las víctimas y de sus familias[201] (*vid. infra* Capítulo III). En Argentina la reforma de los delitos sexuales se produjo en 1999, pasando a ser denominados "delitos contra la integridad sexual"[202], pero la nueva regulación no afectó al régimen de perseguibilidad de estos delitos, que ha permanecido intacto desde su formulación original en 1886[203]. A pesar de producirse un cambio en el bien jurídico protegido, se entendió que el derecho de la víctima a preservar su intimidad todavía debía prevalecer sobre la persecución penal, por lo que era aconsejable dejar en sus manos la llave del proceso[204]. Es decir, se trababa

---

[198] *Vid.* FIGARI, R. E., «Arts. 119 a 120...» cit., p. 222.

[199] *Vid.* ARÉVALO, L., «Artículos 71 a 75», en: RIQUERT, M. A. (Dir.), *Código Penal de la Nación: Comentado y Anotado*, t. I, Erreius, Buenos Aires, 2022, p. 475.

[200] *Vid.* DE LUCA, J., LÓPEZ CASARIEGO, J. E., «Delitos contra la integridad sexual», en: BAIGÚN, D., ZAFFARONI, E. R. (Dirs.), *Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 596.

[201] *Vid.* MORENO, R., *El Código penal y sus antecedentes*, H. A Tomassi, Buenos Aires, 1923, p. 233: "Hay delitos que importan para la víctima, no solo un perjuicio, sino una deshonra, por el daño que la exhibición de su desgracia le produciría y por el antecedente que documentaría en su contra gravitando durante toda su vida".

[202] Según RODRÍGUEZ, "la reforma de los delitos contra la honestidad era obligación en los términos de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado argentino" (RODRÍGUEZ, M., «Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas», en: BIRGIN, H. (Coord.), *Las trampas del poder punitivo*, Bilbos, Buenos Aires, 2000, p. 149). La autora alude al art. 2 de la CEDAW y al art. 7 de la Convención Belém do Pará. Sobre la reforma, resulta interesante la siguiente observación de FIGARI: "tomando en cuenta la reforma realizada en España en 1995 que denominaba a los distintos tipos penales como "Delitos contra la libertad sexual" – cuestión controvertida – y ya en el año 1999 se muta por el título "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual". […] Es decir, que cuando nosotros "copiamos" el formato de origen hispánico –1999– el mismo ya había sido cambiado ese mismo año" (FIGARI, R. E., «Arts. 119 a 120...» cit., p. 6).

[203] J. De Luca, comunicación personal, 4 de marzo de 2024.

[204] *Vid.* DE LUCA, J., LÓPEZ CASARIEGO, J. E., *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 324 y ss.

de evitar el daño adicional que el *strepitus fori* podía ocasionar a la víctima[205]. Este entendimiento sobre la función de los mecanismos de instancia privada en los delitos sexuales provoca que, una vez que la víctima denuncia y se inicia la investigación penal, la misma escape a su control, pues se afirma que una vez el delito se ha hecho público, no hay razón para paralizar la actuación del *ius puniendi*. Esta es la interpretación que tradicionalmente ha sido defendida por la doctrina[206] y es la que aplica la jurisprudencia[207].

No obstante, existe cierto sector doctrinal que considera que la argumentación centrada en el *strepitus fori* es una fundamentación limitada, vinculada muchas veces a prejuicios. En este sentido, ZAFFARONI ha insistido en que, además de las razones de intimidad, "pueden valer otras causas, como la eventualidad del daño moral que puede causar la renovación de vivencias desgraciadas"[208]. Este autor parte de la idea de que el poder punitivo expropia el conflicto a la víctima y considera que "el colmo de la irracionalidad de la confiscación del derecho de la víctima […] sería la pretensión de su ejercicio aun en perjuicio de la propia víctima, o sea, que el Estado no solo se apodere de su derecho, sino que incluso agrave la lesión causada por el propio agente"[209]. En definitiva, ZAFFARONI concluye que el fundamento de la instancia privada no puede ser otro que evitar la doble victimización, siendo la víctima "la única jueza" de los perjuicios que el proceso penal puede acarrearle[210].

Esta fundamentación conlleva adoptar una mirada más flexible sobre la posibilidad de que la víctima se retracte y decida abandonar el proceso penal, ya que

---

[205] *Vid.*, SOLER, S., *Derecho penal argentino*, t. II, TEA, Buenos Aires, 2000, p. 442: "a veces el delito cometido afecta tan hondamente la esfera íntima y secreta de un sujeto, que la ley ha considerado conveniente, no obstante la gravedad de aquél, respetar la voluntad de la víctima o de quienes legalmente la representan, a objeto de que la intimidad herida por el delito no lo sea nuevamente por el *strepitus fori*".

[206] *Vid.* MAIER, J. B., *Derecho procesal penal. Parte General*, t. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 67: "efectuada la instancia, el obstáculo para la persecución penal oficial ha desaparecido y para siempre, pues la instancia no es retractable en nuestro Derecho". En el mismo sentido: SOLER, S., *Derecho penal…* cit., p. 532 y ss.

[207] FIGARI, R. E., «Arts. 119 a 120...» cit., p. 233: "Una vez instada la acción penal en un delito de instancia privada, la persona no puede retractarse; con el impulso de la acción, el delito de reconvierte en delito de acción pública y el Estado avanza en la investigación sin importar la opinión de la víctima (Fallo CCC, Sala V, causa 30.233/2018, "P WJ", 14/8/18)".

[208] ZAFFARONI, E., *Derecho Penal*… cit., p. 856.

[209] *Ibidem.* En este sentido, añade que "el poder punitivo no puede afectar a la persona cuyos bienes jurídicos fueron vulnerados, invocando consideraciones abstractas o intereses que no son los de la propia víctima".

[210] *Ibidem.*

puede suceder que solo una vez iniciado sea consciente de la revictimización[211]. Por ello, ZAFFARONNI argumenta que "debe entenderse que la denuncia es el primer acto de instancia del agraviado, pero en modo alguno el último. A partir de allí el agraviado sigue instando en la medida en que no manifieste su voluntad en contrario, pero no puede ser absoluto el principio de que no puede dejar de hacerlo. […] siendo la acción dependiente de la instancia privada, es mucho más adecuado entender que avanza hasta donde siga siendo instada, y se detiene cuando deja de serlo"[212]. En este orden de ideas se concluye que, si la víctima decide no seguir instando la acción penal, no queda removido el obstáculo procesal, por lo que el tribunal deberá finalizar el proceso una vez corrobore "la libertad de decisión tomada y la inexistencia de concretas razones de interés o seguridad públicos"[213].

No obstante, el mismo ZAFFARONI reconoce que esta no es la interpretación que sigue la jurisprudencia[214]. Como ha indicado ARÉVALO, sería necesaria una reforma de la legislación sobre la materia para que fuera posible articular una paralización del proceso cuando la víctima no muestre interés en su continuación, y de este modo "evitar un Estado que avance forzosamente cuando el propio damnificado por la acción dañina ha dejado de manifestar su inclinación hacia la resolución del caso"[215]. Según este autor, la interpretación de ZAFFARONI resulta la más ajustada a este tipo de acciones, pues entiende que una vez ha desaparecido el interés de la víctima, "no habrá razón para mantenerse firme en el sostenimiento de la acción cual Quijote"[216].

No obstante, lo cierto es que hasta 2012 se había permitido que las víctimas de violencia sexual pudiesen paralizar el proceso penal. En efecto, junto con el estudio de la perseguibilidad, se debe hacer referencia también a otro instrumento de disponibilidad privada especialmente presente en la regulación de los delitos sexuales a lo largo de la historia: la figura del avenimiento. El avenimiento es la denominación que en Argentina

[211] *Ibidem*, p. 857.

[212] *Ibidem*, p. 856.

[213] *Ibidem.*

[214] *Ibidem.*

[215] ARÉVALO, L., «Artículos 71…» cit., p. 473.

[216] *Ibidem.*

ha recibido el perdón de la víctima[217]. La reforma de los delitos sexuales de 1999 trajo consigo la abolición del perdón mediante matrimonio, que hasta entonces era causa de extinción de la acción penal *ex* art. 132 CPA por los delitos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto[218]. Sin embargo, el perdón no desapareció completamente, sino que la ley que lo reformó (art. 15 de la Ley 25.087) continuaba estableciendo que:

> "Si ella [la víctima] fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción quedará extinguida".

Esta regulación fue objeto de duras críticas, pues se dijo que la ley no había tenido en cuenta las condiciones de desigualdad en las que se encuentran las partes en estos casos. En este sentido, RODRÍGUEZ denunció que "utilizar figuras como el avenimiento puede resultar más peligroso y someter a la mujer a nuevas situaciones de violencia"[219]. Estos temores se confirmaron con el caso de Carla Figeroa, una joven que se casó con el hombre que había abusado de ella, se aplicó la figura del avenimiento y, al poco tiempo de la excarcelación del marido, este la asesinó, lo que provocó una gran alarma social y que el legislador argentino derogase inmediatamente esta figura[220].

---

[217] *Vid.* CAFFERATA NORES, J., «El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual», *La ley: Revista Jurídica Argentina*, n.º 2000-C, 2000, pp. 250 y ss.; FELLINI, Z., MORALES, C., *Violencia contra las mujeres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 24 y ss.

[218] REINALDI, V., *Los delitos sexuales en el Código penal argentino. Ley 25.087*, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 248; AROCENA, G., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, p. 188.

[219] RODRÍGUEZ, M., «Algunas consideraciones…» cit., p. 167: "Las mujeres suelen verse presionadas a acceder a un avenimiento no solo por los agresores sino también por el propio sistema judicial. Este avenimiento suele ser presentado como una instancia necesaria para preservar la unión de la familia y darle al agresor otra oportunidad para que se rehabilite. El ideal de la unión familiar prevalece sobre el riesgo en que se encuentra la mujer y sobre sus derechos a la integridad y a la salud".

[220] BARBIROTTO critica que el proyecto de reforma se aprobase "tan solo en media hora y sin debate alguno". Según este autor, "la derogación del avenimiento no es una solución eficaz en la lucha de erradicar o mitigar la violencia de género", sino que lo que debería haberse hecho ante este caso en el que la figura falló era preguntarse por qué fallo, es decir, por qué las instituciones no se aseguraron de que la víctima adoptaba su decisión de forma libre y en condiciones de igualdad (BARBIROTTO, P. A., «Análisis de la derogada figura del avenimiento prevista en el artículo 132º del Código Penal de la Nación Argentina. ¿Es razonable su derogación?», *Pensamiento penal*, 2012, pp. 4-5).

3. La Convención Belém do Pará como fundamento de la persecución pública en los delitos de lesiones leves

En el apartado anterior se ha visto que quienes defienden dejar en manos de la víctima el inicio y la continuación del proceso penal, no entienden que sea una regla insuperable, sino que consideran que el procedimiento deber seguir su curso si se dan razones de "interés o seguridad públicos"[221]. Ahora bien, si se observa la literalidad del artículo 72 del CPA, las "razones de seguridad o de interés público" únicamente aparecen como una excepción a la instancia privada en los delitos de lesiones leves (apartado 2.b). Es decir, esta disposición no afecta a los delitos sexuales, que solo se pueden perseguir de oficio "en el caso de que la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz" (apartado 2.a) (y en el caso de muerte o lesiones gravísimas ya comentado).

Como expone MOREL, las razones de seguridad se relacionan con la "tranquilidad que la ciudadanía en la vida pública diaria tiene derecho de gozar"[222]. Por ejemplo, en materia de delitos contra la seguridad vial, se entiende que los delitos de lesiones leves deben ser perseguidos de oficio[223]. Por otro lado, las razones de interés público se refieren a "motivos transcendentales y supraindividuales que el Estado determina como tales para habilitar el impulso de oficio de ciertas investigaciones criminales. […] A diferencia de la seguridad pública, aquí juega un papel preponderante la responsabilidad del Estado frente a sus ciudadanos/as y también frente a otros Estados con quienes comparten un cuadro de similares obligaciones asumidas en instrumentos internacionales y regionales signados"[224].

---

[221] *Vid.* ZAFFARONI, E., *Derecho Penal*… cit., p. 856; ARÉVALO, L., «Artículos 71…» cit., p. 473.

[222] MOREL, M., «Instancia de oficio…» cit., p. 109.

[223] *Ibidem*: el Ministerio Público Fiscal puede "invocar político-criminalmente que por razones de seguridad común (pública) es necesario que el Estado avance de oficio mediante una investigación criminal en contra de quien condujo bajo la infracción de un deber de cuidado. La finalidad de iniciar de oficio una investigación penal en esos casos se vincula, desde la óptica de la política criminal, con que cualquier persona que conduce en la vía pública tolera riesgos permitidos en una sociedad de riesgos, pero deberá estar exenta de vivenciar situaciones que superen ese umbral y atenten contra su integridad psicofísica, cuando no concurren con su accionar en la producción del resultado lesivo sufrido".

[224] *Ibidem*, p. 110.

Es decir, es a través de la cláusula de las razones de interés público por la que entra la fundamentación de la perseguibilidad de oficio de los delitos de lesiones leves con base en las obligaciones de tutela penal asumidas a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Debido a que el Estado argentino ha suscrito la CEDAW y la Convención Belém do Pará, se entiende que es un interés jurídico del Estado garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Este derecho no se concibe, sin embargo, como un derecho individual de la víctima, sino como un bien útil para la colectividad[225]. De este modo, se justifica la persecución pública de los delitos de lesiones leves cometidos en contextos de violencia de género y se habilita al Estado para promover la acción penal con independencia de la voluntad de la víctima[226].

Ahora bien, como veremos más adelante (*infra* Capítulos II y V), hay diversas razones que se esgrimen en contra de perseguir penalmente los supuestos de violencia de género aun en contra de la voluntad de la mujer, que la doctrina en Argentina invoca para afirmar que no todos los casos de lesiones leves cometidos en el ámbito de la violencia de género deberán ser perseguidos de oficio, ya que, por un lado, esto podría contribuir a producir una mayor victimización (sobre todo para las mujeres que no desean atravesar un proceso penal[227]) y, por otro, podría fortalecer el estereotipo de que todas las mujeres son personas débiles o vulnerables necesitadas de protección[228]. Es decir, las autoridades deben analizar cada caso concreto, pues iniciar un procedimiento en contra de la voluntad de la víctima supone limitar enormemente su autonomía como sujeto de derechos[229], por

---

[225] *Ibidem*, p. 111: "Cuando se fundamenta el impulso de oficio de los delitos de lesiones leves en contexto de violencia de género por razones de interés público, se impone un interés jurídico del Estado, pues se procura proteger las instituciones creadas por la Constitución Nacional y las leyes, que trascienden el interés individual y comprometen seriamente un bien útil para la comunidad (el derecho de toda mujer en la Argentina de vivir una vida libre de violencia), lo que autoriza al propio Estado a promover la acción penal sin consultar la voluntad de la víctima. Entonces, la instancia de oficio […] en delitos de lesiones leves dolosas y culposas en contexto de violencia de género constituye un compromiso internacional, y como tal, una manda-deber estatal".

[226] *Vid.* ALESSIO, A., *Código Penal…* cit., p. 1067.

[227] Como señala PIQUÉ, la perseguibilidad de oficio provoca que "los/as funcionarios/as que toman conocimiento de los hechos –incluso aquellos/as que se desempeñan en lugares de asistencia a víctimas— tienen el deber de denunciarlos penalmente, todo lo cual puede desalentar a las mujeres que desean acudir a establecimientos médicos o pedir protección policial o civil para atenderse o hacer cesar una situación concreta de violencia, pero no desean judicializar la situación en sede penal. Es decir, este régimen termina coartando cualquier otro medio de ayuda alternativo al penal y aumenta los niveles de desprotección y exposición al riesgo de las mujeres" (PIQUÉ, M. L., «Revictimización…» cit., p. 24).

[228] *Ibidem*, p. 23. En el capítulo V (apartado VI) se profundizará en esta crítica feminista.

[229] MOREL, M., «Instancia de oficio…» cit., pp. 111-112.

lo que si se adopta la decisión de proceder de oficio en un caso que se considera de interés público, es imprescindible una motivación de dicho acto jurídico por parte del Ministerio Fiscal[230].

A diferencia de lo que establece nuestro ordenamiento jurídico, en Argentina la legislación en materia de violencia de género no se aplica de forma automática, sino que es necesario que se demuestre la existencia de una relación desigual de poder en cada caso. La *Ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales* (aprobada el 1 de abril de 2009), define como violencia contra las mujeres "toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, *basada en una relación desigual de poder*, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes" (art. 4). Como puede apreciarse, se trata de un concepto mucho más amplio que el de la regulación española[231]. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la situación de discriminación debe ser acreditada. Así, por ejemplo, en el caso *Ríos y otros contra Venezuela*, aclaró que no cualquier violación de un derecho fundamental en perjuicio de una mujer supone automáticamente un incumplimiento de las obligaciones que fija la Convención Belém do Pará, sino que es necesario demostrar por qué su "condición de mujer" determina que sufra una violencia mayor[232].

En la práctica, lo que sucede en el enjuiciamiento de los delitos de lesiones leves cometidos en un contexto de violencia de género, es que las autoridades deberán comprobar si la decisión de la víctima de no seguir adelante con el proceso penal ha sido tomada de forma libre o coaccionada. Si es necesario, se recabará el apoyo que

---

[230] PALACIO, L. E., *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 228.

[231] A continuación, el art. 5 define los diferentes tipos de violencia contra la mujer (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política) y el art. 6 habla de las modalidades en que los tipos de violencia contra la mujer se despliegan (violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática, contra las mujeres en el espacio público, público-política contra las mujeres, digital o telemática).

[232] CIDH, Caso *Ríos y otros contra Venezuela*, de 28 de enero de 2009 (§ 280).

profesionales que valoren si la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad y, por tanto, si su decisión se ha tomado en un contexto de coacción o amenazas[233]. Solo en ese caso se procederá de oficio. En Argentina, los fiscales pueden solicitar al Gabinete de Medicina, Psicología y Psiquiatría del Cuerpo de Investigaciones Judiciales que emita un informe sobre la situación de la víctima y, para la elaboración de dicho informe, se emplea la escala de predicción del riesgo de violencia grave contra la pareja EPV-R[234].

Es decir, es el riesgo de revictimización y la valoración sobre si la víctima se encuentra sometida a coacciones o amenazas lo que determina que el Ministerio Fiscal proceda de oficio o no. De este modo, si el informe concluye que la víctima presenta factores de vulnerabilidad de violencia de género (por ejemplo, dependencia económica y emocional hacia el agresor) el Ministerio Fiscal no puede confirmar la postura de la mujer, sino que debe continuar el procedimiento en representación de sus intereses y de los de toda la sociedad[235]. Ahora bien, esto solo será posible en los casos en los que la víctima comparezca ante la citación judicial y esté dispuesta a entrevistarse con el equipo de técnicos y psicólogos, ya que, si la víctima es la única testigo y no concurre a la fiscalía a declarar, obligarle a comparecer podría suponer una victimización secundaria e incluso una forma de violencia institucional, según la legislación argentina[236].

4. Los delitos contra la integridad sexual como un problema privado

De lo anterior se concluye que la Convención Belém do Pará sirve a los operadores jurídicos argentinos para fundamentar la persecución pública de la violencia de género en los delitos de lesiones leves. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no se encuentra obligado a iniciar la acción penal, sino que deberá evaluar la situación concreta de la víctima antes de determinar si concurren "razones de interés público". Esta cláusula, sin embargo, no afecta a los delitos contra la integridad sexual que recoge el art. 72.1.a CPA, por lo que

[233] ARÉVALO, L., «Artículos 71…» cit., p. 473.

[234] *Vid.* ECHEBURÚA, E., AMOR, P. J., LONAZ, I., DE CORRAL, P., «Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja -Revisada- (EPV-R)», *Psicothema*, v. 22, n. 4, 2010, pp. 1054 y ss.

[235] *Vid.* MOREL, M., «Instancia de oficio…» cit., p. 127.

[236] *Ibidem*, p. 125.

estos requerirán, en todo caso, la instancia de la víctima. En este sentido, la citada Ley Nacional sobre Violencia contra las Mujeres, establece expresamente en su artículo 24 (apartado d), lo siguiente:

> "En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24) horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público".

Como se ha expuesto más arriba, esta excepción se justifica en la necesidad de respetar la intimidad de las víctimas, lo cual se evidencia en esta legislación que ordena al juez "tomar los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público" (es decir, que se produzca el *strepitus fori*). Aunque la violencia sexual es sin duda una forma de violencia contra la mujer (según la convención Belém do Pará y la legislación argentina), en estos casos los intereses de la víctima deben prevalecer sobre el interés del Estado de perseguir y castigar los delitos.

Tal vez la razón por la que el legislador argentino solo ha previsto la cláusula del interés público para los delitos de lesiones sea que la fundamentación de la perseguibilidad a instancia de la víctima en estos casos es simplemente "descomprimir la saturación que padecen los tribunales"[237] y es lógico que estas razones de economía procesal deban ceder en determinadas situaciones a favor del interés público. Sin embargo, los motivos que justifican la acción dependiente de la instancia privada en los delitos sexuales son de un calado mucho mayor, pues se encuentran directamente relacionados con los derechos fundamentales de las víctimas.

No obstante, la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU, tras su visita a Argentina en 2016, se posicionó en contra de esta regulación. Como ya se dijo (*supra* IV.2), en su informe sobre el delito de violación recomendó su persecución de oficio, sin que las facultades concedidas a los fiscales en estos casos sean demasiado amplias. En la misma línea, en su informe sobre Argentina, expresó que el CPA, al establecer la acción dependiente de la instancia privada en los delitos sexuales, "produce que la violencia sexual sea vista como una *cuestión privada*. Este tipo de regulación envía

[237] ALESSIO, A., *Código Penal…* cit., p. 1066.

el mensaje equivocado que lleva a pensar que las violaciones y la violencia sexual son un *asunto privado y no público*"[238]. Como se verá (*infra* Capítulo V), este argumento de corte sociológico es empleado con frecuencia por quienes defienden una reforma de la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales que los convierta en delitos públicos.

VI. CONCLUSIONES

El artículo 191.1 del Código Penal establece un obstáculo para proceder en la persecución penal de los delitos de agresión y acoso sexuales. A pesar de que España ha suscrito distintos tratados internacionales que establecen la obligación de los estados de perseguir estos delitos que afectan a las mujeres *de manera específica y desproporcionada*, la LOGILS no ha modificado este precepto. Como es sabido, la reforma de los delitos contra la libertad sexual de 2022 se ha justificado en la necesidad de adaptar la regulación nacional a las obligaciones internacionales asumidas en esta materia, de manera que, por un lado, reconoce los derechos de las víctimas de violencia sexual y, por otro, regula una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizar dichos derechos.

Estas obligaciones de tutela penal han sido especialmente desarrolladas en los últimos años por la jurisprudencia del TEDH, el cual ha adoptado una postura contraria a la perseguibilidad privada de la violencia de género. Tanto en el caso *Opuz contra Turquía*, como en otras resoluciones sobre la materia, ha establecido la obligación de los estados de *investigar* y *celebrar el proceso* con independencia de la voluntad de la víctima cuando se trate de delitos graves o cuando exista un riesgo de reiteración delictiva. No obstante, no se aprecia en esta jurisprudencia una actitud contraria a la exigencia de denuncia en los delitos sexuales con carácter general, sino que esta interpretación se

[238] Citado en FELLINI, Z., MORALES, C., *Violencia contra…* cit., pp. 35-36: "Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Violencia contra la mujer: Experta de la ONU anuncia su primera visita a Argentina, de 9/11/2016". La cursiva es añadida.

circunscribe a supuestos de violencia dentro de la pareja en los que concurran las circunstancias mencionadas (delitos graves o riesgo de reincidencia).

Por tanto, la regulación actual de la perseguibilidad de los delitos sexuales que establece el art. 191.1 CP solo resultará contraria a la jurisprudencia del TEDH en los casos en los que la víctima sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad. Como se verá en el Capítulo siguiente, tras la LOGILS se ha introducido una figura género-específica en el art. 180 del Código Penal, pero no se ha previsto una excepción a la exigencia de denuncia (como veremos que ocurre en la mayoría de los delitos semipúblicos aplicables a situaciones de violencia de género). Ahora bien, como se desprende del caso *J. I contra Croacia*, más allá de cuál sea el régimen de perseguibilidad, las autoridades están obligadas a investigar todas aquellas infracciones de las que tuvieran conocimiento y a informar a la víctima de sus derechos.

Por lo que se refiere a la normativa internacional, puede concluirse que, con carácter general, se opone a la exigencia de denuncia en la persecución de la violencia sexual. No obstante, mientras que en algunos instrumentos el requisito de perseguibilidad se rechaza totalmente, en otros parece que todavía se permite que la denuncia de la víctima juegue algún papel en la persecución del delito. A mi juicio, esta última es la interpretación que cabe hacer del artículo 55 del Convenio de Estambul, que establece que la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos *no dependa totalmente* de la denuncia de la víctima. Sin embargo, el resto de la normativa internacional estudiada no deja margen alguno para que se atienda a la voluntad de las víctimas, pues desde Naciones Unidas se reclama a los Estados que persigan de oficio la violencia contra las mujeres y la violencia sexual, sin que las facultades concedidas a los fiscales sean demasiado amplias. Asimismo, el Consejo de Europa ha afirmado que la violencia contra las mujeres y los niños debe entenderse como "un factor decisivo" para decidir si procede o no la acción "en interés general".

En la misma línea, la reciente Directiva de la UE sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica ha establecido expresamente que "la investigación o el enjuiciamiento de los actos de violación no dependan de la denuncia por parte de la víctima o su representante" (art. 15). Como puede apreciarse, ya no se dice que el proceso no deba depender "totalmente" de la denuncia, como sucede en el Convenio de Estambul, por lo que el artículo 191.1 del CP podría resultar contrario a esta

norma supranacional si supone condicionar la persecución del delito a la denuncia de la víctima. Ahora bien, como tendremos ocasión de analizar en el Capítulo IV, el artículo 191.1 CP prevé la iniciación del proceso no solo mediante denuncia de la víctima, sino también a instancia del Ministerio Fiscal tras la ponderación de los "legítimos intereses en presencia". Quizá la redacción actual del artículo 191.1 pueda servir para cumplir con la Directiva, porque al reconocer que el Ministerio Fiscal puede promover también la acción penal, el proceso no depende exclusivamente de la denuncia de la víctima. No obstante, en la práctica, la opinión de la víctima tiene un gran peso sobre el inicio y la continuación del procedimiento, por lo que esta cláusula (que permitiría la persecución de oficio) parece que no se está aplicando. Es por ello por lo que el artículo 191.1 CP requiere una profunda revisión que permita adaptarlo, por un lado, a las exigencias internacionales y, por otro, a la interpretación que los tribunales hacen del mismo.

Asimismo, es importante señalar que, aunque concluyésemos que actualmente la legislación nacional no cumple con el artículo 15 de la Directiva, el incumplimiento únicamente afectaría a la perseguibilidad de las agresiones sexuales constitutivas de violación, pues el delito de acoso sexual no aparece mencionado en el citado artículo de la Directiva. Además, es importante recordar que la Directiva no define qué debe entenderse por "violación" y, en nuestro Código Penal, según el artículo 179, violación son solo aquellas agresiones sexuales que consistan en "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías". Como consecuencia, la introducción de esta norma supranacional en nuestro ordenamiento jurídico podría requerir una reforma del régimen de perseguibilidad de las violaciones, pero no de todas las agresiones sexuales del artículo 178 CP. No obstante, como trataré de argumentar en el Capítulo V, hay buenos motivos para mantener en estos delitos un carácter prevalente de las necesidades e intereses de las víctimas sobre los intereses públicos en la persecución penal.

En Latinoamérica, la Convención Belem do Pará ha establecido también la obligación de los Estados de proceder con la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer. En el sistema procesal argentino, la Convención es un recurso al que acuden los operadores jurídicos para alegar la existencia de un interés general en la persecución de los delitos de lesiones leves cuando se cometen en contextos de violencia de género, ya que en estos delitos semipúblicos se

permite la persecución de oficio cuando concurran razones de interés público. Sin embargo, esta posibilidad no se encuentra prevista en el CP Argentino en el caso de los delitos sexuales, por lo que en todo caso estos requieren que la víctima inste la acción para poder ser perseguidos. Ahora bien, si trasladásemos esta forma de proceder a nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el interés público puede formar parte de la mencionada ponderación de intereses que debe llevar a cabo el fiscal en virtud del art. 191.1 CP, entender que en la persecución de la violencia contra las mujeres y la violencia sexual existe siempre este interés, conduciría a perseguir de oficio todos los delitos de agresión y acoso sexuales cuando la víctima sea una mujer.

Este marco jurídico internacional obliga a reflexionar sobre si es necesario convertir los delitos sexuales en delitos públicos perseguibles de oficio para que se considere cumplida la debida diligencia en la persecución de la violencia contra las mujeres y la violencia sexual o si, por el contrario, existen todavía razones suficientes para defender la exigencia de denuncia. Como expondré en las páginas siguientes, en mi opinión la perseguibilidad pública sin atender a la voluntad de la víctima puede suponer una falta de cuidado en la actuación del Estado que produzca una mayor revictimización. Por ello, a mi modo de ver, proceder con la debida diligencia implica necesariamente escuchar a la víctima y atender a sus necesidades, en lugar de promover una persecución del delito aun en contra de su voluntad, pues en ocasiones el sistema penal acarrea más problemas que soluciones para las víctimas. En páginas posteriores desarrollaremos esta tesis (Capítulo V) y formularemos una propuesta de reforma para adaptar el artículo 191 a la normativa internacional (Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*).

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS EXCEPCIONES A LA PERSECUCIÓN DE OFICIO EN EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN

La denuncia de la persona agraviada o la querella del Ministerio Fiscal que establece el artículo 191.1 del CP constituyen "requisitos de perseguibilidad". Es decir, una serie de condiciones que el legislador penal prescribe para que el delito pueda ser perseguido y, eventualmente, castigado. La naturaleza jurídica de estos requisitos ha sido muy discutida, pues mientras que la doctrina mayoritaria estima que son condiciones de procedibilidad que pertenecen al Derecho procesal (meros "presupuestos procesales") y, por ende, no afectan a la estructura del delito, un sector minoritario ha puesto de manifiesto que no es una tarea nada sencilla diferenciar estas condiciones de las que forman parte de la punibilidad. Por ello, en el primer apartado se analizarán los distintos criterios de distinción que han sido propuestos para tratar de discernir entre ambas condiciones y, en definitiva, trazar una línea divisoria entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

Tras analizar la naturaleza jurídica de los requisitos de perseguibilidad, se explicará cuál es el régimen procesal de los delitos semipúblicos, así como de las dispensas que ha previsto la LECrim en relación con el deber de denunciar y de declarar. Por último, nos aproximaremos al papel que desarrollan las diferentes partes implicadas en la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos. Por un lado, se estudiará qué papel debe desarrollar el Ministerio Fiscal y, por otro, si es posible que promuevan la acción penal las víctimas indirectas o el acusador popular en los delitos que exigen la denuncia previa de la víctima.

Se hará una especial referencia al tratamiento que ha recibido la violencia de género y doméstica, un ámbito en el que sin duda el legislador ha apostado por la *publificación* de la persecución penal. En este capítulo, nos limitaremos a exponer la regulación actual, sin llevar a cabo un análisis de las ventajas e inconvenientes que presenta la persecución de oficio de estos delitos. Aunque es una cuestión que ha pasado

bastante desapercibida para la doctrina, desde los feminismos críticos hacia el sistema penal sí se ha cuestionado la persecución penal pública de la violencia de género en la pareja, y se trata de un tema muy relacionado con el debate sobre la perseguibilidad de los delitos sexuales. Por ello, será en el Capítulo V donde analizaremos los argumentos de los feminismos antipunitivistas en contra de la persecución de oficio de la violencia sexual, que son extrapolables a todas las formas de violencia contra las mujeres. En el presente capítulo veremos que estos mismos argumentos son utilizados por quienes defienden instaurar técnicas de justicia restaurativa en casos de violencia de género y sexual.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD

Con carácter general, cuando una conducta es típica, antijurídica y culpable, también es punible. Es decir, castigable con una pena[239]. Sin embargo, en ocasiones el legislador establece una serie de requisitos adicionales, ajenos al injusto culpable, para que el hecho pueda ser sancionado. Estos requisitos quedarían integrados en una cuarta categoría: la punibilidad[240]. Ahora bien, la doctrina no ha llegado todavía a un acuerdo sobre si este elemento ha de integrarse en la estructura del delito o si, por el contrario,

[239] Como señala MIR PUIG, "punible" procede del verbo "punir" (del latín "punire"), esto es, "penar", y significa, por tanto, "penable", "castigable con una pena" (MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 153).

[240] "Mientras que injusto y culpabilidad han de estar presentes en todo delito para que haya responsabilidad, el legislador a veces establece requisitos *adicionales* basados en *conveniencia* y *oportunidad* de los que depende también la punibilidad. Por eso se define el delito como la acción típica, antijurídica y culpable que además reúne otra posible *condición adicional* de punibilidad" (CUELLO CONTRERAS, J., MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 147). Como acertadamente apunta DÍEZ RIPOLLÉS, la punibilidad "no constituye un corolario de la concurrencia de un conjunto de categorías previas constitutivas de la infracción penal, de modo que se limite a expresar que, presente una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, el comportamiento realizado ya permitiría imponer una pena a su autor, es decir, sería punible. Eso supondría en el fondo una tautología". En efecto, "el concepto de punibilidad ha de tener elementos propios" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español», en: SILVA SÁNCHEZ, J. M., QUERALT JIMÉNEZ, J. J., CORCOY BIDASOLO, M., CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje a Santiago Mir Puig*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 524-525).

debe situarse fuera de esta[241]. Este debate se debe, como ha señalado ROXIN, a que "esta rúbrica constituye un revoltijo de elementos muy heterogéneos, sobre los que es casi imposible hacer afirmaciones generales"[242]. De este modo, la punibilidad opera a modo de "cajón de sastre" o "lugar o vía de escape" que el legislador se reserva para limitar la intervención del Derecho penal[243].

De acuerdo con la opinión mayoritaria en la doctrina, se ubican en la punibilidad las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias[244]. Las primeras actúan de manera *positiva*, es decir, deben estar presentes para que la conducta sea punible y, por tanto, su ausencia obstaculiza la pena. Este tipo de circunstancias las encontramos, por ejemplo, en los delitos contra el Derecho de gentes (arts. 650 y 651 CP), en los que se exige que el país de la persona ofendida tenga prevista una penalidad recíproca, pues de lo contrario se aplicarán los tipos comunes (art. 651.2). Por otro lado, las excusas absolutorias operan de forma *negativa*, es decir, su presencia obstaculiza la pena, por lo que no deben estar presentes para que el hecho pueda ser castigado. Un ejemplo claro de excusa absolutoria lo encontramos en el art. 268 CP, que establece que la relación de parentesco entre la víctima y el victimario determina que los delitos patrimoniales queden impunes (excepto cuando concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima)[245].

---

[241] Según GARCÍA PÉREZ, "el debate está más vivo que nunca" (GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual del debate en torno a la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 39, 2019, p. 710). Hay quienes, por ejemplo, reconducen la punibilidad al ámbito de la tipicidad o a la esfera de la individualización de la pena. *Vid.*, las diferentes posturas doctrinales en: MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad y Delito*, Reus, Madrid, 2007, pp. 31 y ss.

[242] ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 972.

[243] *Vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 574.

[244] *Vid.*, entre otras, MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., pp. 153 y ss.; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 355 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 370; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 571 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., «La punibilidad», en: DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, t. II, Iustel, Madrid, 2015, pp. 385 y ss.; MORENO TORRES-HERRERA, M. R., «Lección 11: La punibilidad», en: MORENO TORRES-HERRERA, M. R. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 208 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 203.

[245] Siguen esta clasificación entre condiciones positivas y negativas, entre otras: MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., p. 153; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la punibilidad…» cit., pp. 530 y ss.

Pues bien, si reflexionamos acerca de la naturaleza jurídica de los requisitos de perseguibilidad, surge la duda sobre si estos pueden formar parte de la punibilidad, pues lo cierto es que, al igual que sucede con las condiciones objetivas de punibilidad, la ausencia de denuncia o querella de la víctima en algunos delitos supone un obstáculo para la aplicación del castigo penal. La doctrina mayoritaria ha resuelto esta duda en sentido negativo, pues tradicionalmente ha afirmado que son "condiciones de procedibilidad" ajenas a la estructura del delito[246]. Es decir, que la necesidad de interposición de denuncia o querella del ofendido no afecta a la existencia material del delito, sino que su fundamento "se basa en razones estrictamente procesales que no atañen ni al concepto de delito ni al Derecho penal"[247].

Es decir, según esta tesis, el estudio de la perseguibilidad pertenecería al ámbito del Derecho procesal penal, al considerarse una cuestión formal, totalmente desvinculada del Derecho penal sustantivo. No obstante, como observa atinadamente PASTOR, "esta idea debe ser en parte superada"[248], pues no es tan sencillo distinguir entre las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad[249]. Según ROXIN, "exactamente igual de polémica que la distinción de las condiciones de punibilidad y las causas de exclusión de punibilidad respecto de las restantes categorías delictivas de Derecho material es su delimitación respecto del Derecho procesal o, más exactamente, de los presupuestos de procedibilidad"[250].

---

[246] En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., p. 184; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio…* cit., p. 355.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal…* cit., p. 584; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español…* cit., p. 574.

[247] MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código penal español», en: Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología (Coords.), *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Ferández-Albor, Universidade: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 482-483. En el mismo sentido: COBO DEL ROSAL, M., «La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 6, 1981-1982, p. 52; GÓMEZ ORBANEJA, E., «Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad», en: Universidad Compostelana (Ed.), *Colección de Estudios en Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles*, Secretariado de Publicaciones, Santiago de Compostela, 1945, p. 89.

[248] PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 795.

[249] Como señala FERRÉ OLIVÉ "es difícil encontrar criterios distintivos que sean concluyentes entre las tradicionales causas de exclusión de la punibilidad y los presupuestos procesales. Todos tienen en común que son elementos ajenos al delito y que imposibilitan la imposición de la pena" (FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Punibilidad y proceso penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008, p. 10).

[250] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 984. Según GÓMEZ ORBANEJA, "las condiciones objetivas de punibilidad se confunden a menudo con los presupuestos procesales", pues ambos se hayan en "una zona intermedia entre el hecho delictivo y la actividad procesal" (GÓMEZ ORBANEJA, E., «Condiciones…» cit., p. 83-84). Para CUELLO y MAPELLI, los presupuestos de procedibilidad forman parte de la

Siempre ha habido diversas opiniones sobre si la querella-denuncia de la parte agraviada es una condición objetiva de punibilidad o de procedibilidad[251]. Asimismo, tampoco hay un consenso sobre la naturaleza jurídica de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, como el perdón del ofendido, la prescripción o el indulto[252]. Mientras que un sector doctrinal considera que son institutos procesales, hay quienes atribuyen a estas figuras una naturaleza material o mixta[253].

La ubicación dentro de una u otra categoría no es baladí, sino que tiene importantes consecuencias en la práctica. Mientras que la ausencia de una condición de punibilidad determina la absolución del reo y tiene efectos de cosa juzgada, la falta de una condición de procedibilidad impide que pueda dictarse una resolución sobre el fondo del asunto, por lo que únicamente tendrá como consecuencia el archivo de las actuaciones, pero el proceso no se encontrará afectado por el principio de cosa juzgada material[254]. Es decir, si se inicia un proceso penal de oficio ante un delito que requiere la denuncia de la parte ofendida, entender esta como una condición de procedibilidad implicará que se dicte un sobreseimiento provisional, pudiendo reabrirse el asunto si posteriormente la víctima

---

punibilidad y consideran que "estos presupuestos muestran la profunda interrelación que existe entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal, englobando todos aquellos supuestos en los que por razones de economía procesal no conviene que la maquinaria de la justicia se ponga en marcha" (CUELLO CONTRERAS, J., MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso…* cit., p. 147). Por su parte, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN parten de la independencia del Derecho procesal penal respecto del Derecho penal material, pero reconocen que "al ser el proceso la vía de realización del Derecho penal, ambas disciplinas se hallan estrechamente vinculadas […] las figuras legales del delito contienen, en ocasiones, condiciones de perseguibilidad y presupuestos procesales cuya naturaleza es discutida" (COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 42).

[251] Así lo apunta ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 984. *Vid.* también GÓMEZ ORBANEJA, E., «Condiciones…», cit., pp. 89 y ss.

[252] GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., pp. 730 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal…* cit., p. 42.

[253] FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 96 y ss. En la presente contribución nos centraremos en el estudio de la naturaleza jurídica de la denuncia, pero haremos también referencia a las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Puede encontrarse un análisis en profundidad sobre esta cuestión en: MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., pp. 213 y ss.

[254] *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 66; MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., pp. 230 y ss.; ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 985; STRATENWERTH, G., *Strafrecht: Allgemeiner Teil,* Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlín-Bonn-München, 2000, p. 97.

interpone la denuncia[255]. Sin embargo, si la denuncia fuese considerada una condición de punibilidad, su falta implicaría que el proceso se cerrase definitivamente.

Otro efecto importante en la práctica tiene que ver con la aplicación del principio de legalidad penal, ya que este opera solo en las condiciones de punibilidad, mientras que no rige para las cuestiones procesales[256]. Este ha sido uno de los motivos por los que la ubicación de una figura dentro o fuera del Derecho penal sustantivo ha sido tan polémica. Si pensamos, por ejemplo, que la prescripción es una condición de procedibilidad, no se aplicará a esta figura el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables[257]. En efecto, un importante sector de la doctrina considera que los actos procesales se regulan por la ley actual (*tempus regit actum*), es decir, sin tener en cuenta el momento en el que se produjeron los hechos[258].

Ahora bien, como apunta DÍEZ RIPOLLÉS, las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión están muy divididas. Según este autor, aunque el principio de irretroactividad no se aplica a las leyes procesales con carácter general, "serán irretroactivas las leyes procesales que restrinjan derechos del detenido, imputado o procesado en virtud del art. 9.3 de la CE"[259]. El autor pone como ejemplo la aplicación retroactiva de la ampliación de los plazos de la prisión provisional, que resulta claro que supone una disposición restrictiva de derechos fundamentales[260]. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión y ha establecido que debe acudirse a la ley anterior más benigna, ya que la elección de la ley aplicable ha de hacerse siguiendo la interpretación más favorable a la libertad del reo (*favor libertatis*)[261].

---

[255] "La ausencia de una condición para proceder no tiene más efecto con relación al delito que el de impedir el procedimiento, pero el hecho sigue siendo un ilícito penal y de actualizarse el presupuesto procesal podrá perseguirse" (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia: Secretaria General Técnica (Centro de Publicaciones), Madrid, 1990, p. 104).

[256] *Vid.*, en este sentido, GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., p. 746.

[257] Es por ello por lo que la doctrina suele atribuir a la prescripción una naturaleza material. *Vid*., entre otras, MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal…* cit., p. 135.

[258] *Vid.* una postura crítica a esta tesis en: DAMIÁN MORENO, J., «Eficacia de la ley procesal en el tiempo: claves para una reconstrucción de la teoría de la irretroactividad de las normas procesales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 28, 2024, pp. 160 y ss.

[259] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español…* cit., p. 91.

[260] *Ibidem. Vid.* también: MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., p. 123.

[261] *Vid.,* entre otras, STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3 (ECLI:TC:1987:32).

Sin embargo, como han señalado MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, "el Tribunal Constitucional evita un pronunciamiento general y tajante sobre la prohibición de retroactividad de las leyes procesales y no puede decirse que niegue la validez de la regla *tempus regit actum*"[262].

Debido a que categorizar los requisitos de perseguibilidad como una cuestión material o procesal tiene estos importantes efectos prácticos, resulta necesario aproximarse a aquellas propuestas doctrinales que han tratado de establecer criterios de distinción entre las condiciones de punibilidad y de procedibilidad. Como se verá a continuación, aunque son muchas las teorías que se han formulado para resolver este problema, los resultados son, como indica GARCÍA PÉREZ, "bastante desalentadores"[263].

Las primeras propuestas fueron elaboradas precisamente para distinguir el Derecho civil del Derecho procesal civil[264] y, posteriormente, se aplicaron al Derecho procesal penal[265]. A principios del siglo XX, BELING formuló la siguiente solución para distinguir entre las condiciones de punibilidad y de procedibilidad: la idea del *merecimiento de pena*. De este modo, aquellas circunstancias que tuviesen una relación directa con el significado de la conducta y la necesidad de castigo pertenecerían a la punibilidad y, en consecuencia, al Derecho penal material. Sin embargo, los elementos que no tuvieran ninguna repercusión sobre la idea de merecimiento del mal de la pena, sino que estuviesen relacionados "con el sí y el cómo de la actividad procesal"[266], serían condiciones de procedibilidad. En este orden de ideas, la querella o la denuncia de la persona agraviada no podría en ningún caso ubicarse dentro de la punibilidad ya que, aunque no se dé este requisito de perseguibilidad, se entiende que igualmente el autor "merece la correspondiente pena, pero que en el caso concreto debe paralizarse la realización de la punibilidad, porque el ofendido y la comunidad no tienen ningún interés

---

[262] MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal…* cit., p. 135.

[263] GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad…* cit., p. 60.

[264] La teoría de los presupuestos procesales fue propuesta en el siglo XIX por BÜLOW. *Vid.* BÜLOW, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pp. 6 y ss.

[265] *Vid.* PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 794, con ulteriores referencias.

[266] BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungssungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1928, p. 6.

en que haya un proceso o incluso tienen un interés opuesto a ello"[267]. El inconveniente principal de esta posición es que deja muy poco ámbito de actuación al Derecho penal, pues considera que pertenece al Derecho procesal todo aquello que cae más allá del injusto culpable[268]. Además, la doctrina absolutamente mayoritaria entiende que "merecida" es toda conducta que sea típica, antijurídica y culpable. Por tanto, si la punibilidad dependiera del "merecimiento", toda conducta culpable sería también punible[269].

Otra teoría que resulta interesante es la propuesta por KAUFMANN[270]. Al contrario que BELING, esta autora deja muy poco margen de actuación al Derecho procesal, pues plantea como solución la siguiente *pregunta-test*: si suprimimos mentalmente el proceso, ¿el elemento desplegaría su eficacia con independencia del mismo? Si la respuesta es afirmativa, nos encontramos dentro del Derecho penal material. Como consecuencia, la denuncia o la querella serían condiciones de punibilidad, ya que ambas despliegan su efecto de exclusión de la pena con independencia del Derecho procesal penal. Es decir, su ausencia implica que el hecho ni siquiera llegue a conocerse y que no se adopten medidas procesales de ningún tipo. Sin embargo, otras circunstancias como, por ejemplo, la competencia del tribunal o que el investigado tenga capacidad para comparecer en juicio, sí serán presupuestos de procedibilidad. Si bien hay quienes se han mostrado de acuerdo con esta postura[271], la doctrina mayoritaria considera que la propuesta de KAUFMANN amplía excesivamente el alcance del Derecho penal material. De esta opinión es ROXIN, que ha advertido que "si la querella fuera un presupuesto de la punibilidad, entonces la punibilidad no tendría que estar legalmente determinada en el

---

[267] *Vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 986.

[268] *Vid.* un posicionamiento crítico hacia esta tesis en: ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., pp. 986-987; PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., pp. 799 y ss.

[269] *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., «La punibilidad» cit., p. 387: "El fundamento de este nuevo eslabón (la punibilidad) en la teoría del delito es visto por algunos autores en la distinción entre *merecimiento* y *necesidad* de pena". *Vid.* también CORNACCHIA, L., «Consideraciones sobre las condiciones de punibilidad», en: MONTEALEGRE LYNETT, E., CARO JOHN, J. A. (Ed.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 327 y ss.

[270] KAUFMANN, H., *Strafanspruch Strafklagrecht: Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Otto Schwartz, Göttingen, 1968, pp. 133 y ss.

[271] *Vid.* BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 219.

momento del hecho, sino que dependería de circunstancias que se producen después del hecho y que se basan en una decisión al arbitrio de los particulares"[272].

Otro autor que se mostró crítico con la concepción defendida por KAUFMANN fue VOLK[273]. Como ha señalado PASTOR, frente a estas tesis "separatistas", VOLK propone "una visión unificadora de los derechos penal y procesal penal, al menos en el terreno de estas circunstancias"[274]. Según su *tesis de la ambivalencia*, el Derecho penal "se realiza única y exclusivamente en el proceso"[275] y, por tanto, los fines de la pena quedarían también reflejados en las condiciones de procedibilidad, ya que el objetivo de estas sería el mismo que el de las condiciones de punibilidad (e incluso que las categorías que forman el injusto culpable): "el aseguramiento de la paz jurídica"[276]. Este autor entiende que "ante su ausencia desaparece, de puro derecho, todo motivo para el aseguramiento del orden jurídico penal"[277]. Desde esta perspectiva, si falta la querella o la denuncia en un delito privado o semipúblico, la paz jurídica no se entenderá lo suficientemente afectada como para que resulte necesaria la intervención del poder punitivo. Es decir, se considera que estos obstáculos procesales representan una falta de necesidad preventiva[278].

La postura propuesta por VOLK hace imposible establecer una distinción entre el Derecho penal material y el Derecho procesal. Como ha señalado PASTOR, "en esta zona de discusión dichos órdenes no serían secantes, sino que estarían superpuestos"[279]. Este autor observa atinadamente que este planteamiento podría tener la siguiente desventaja: si partimos de la base de que todos los elementos que llevan a castigar una conducta con una pena obedecen al mismo fundamento ("el aseguramiento de la paz jurídica"), esto nos podría llevar a concluir que todos los elementos que conforman el injusto culpable

---

[272] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 988. Pueden consultarse otras críticas formuladas a la propuesta de KAUFMANN en: GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad…* cit., p. 64.

[273] VOLK, K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1978, pp. 201 y ss.

[274] PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 800.

[275] VOLK, K., *Prozessvoraussetzungen…* cit., p. 201.

[276] *Ibidem*, p. 204.

[277] *Ibidem.*

[278] En el caso de la prescripción, la paz jurídica se habrá restablecido ya por el transcurso del tiempo porque "ha crecido la hierba sobre el asunto" (ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 990).

[279] PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 801.

son condiciones de procedibilidad y que cualquier regla procesal que ponga fin al proceso penal es una condición de punibilidad[280]. En definitiva, el aseguramiento de la paz jurídica no puede ser el criterio distintivo entre los presupuestos procesales y las demás condiciones que forman parte de la punibilidad[281].

Según ROXIN, que los *fines de la pena* –y, como añade el autor, las *finalidades extrapenales*– interesan al Derecho procesal es algo que evidencian, además de las condiciones de procedibilidad, los supuestos del principio de oportunidad. Por un lado, este principio permite que pueda dictarse el sobreseimiento de un proceso si no se dan razones de interés público (y este interés público solo puede determinarse en atención a los *fines de la pena*). Por otro, el proceso puede archivarse porque prevalecen *finalidades extrapenales* frente a la necesidad de pena (como razones políticas, de estrategia de persecución o de economía procesal. Como advierte ROXIN, si el legislador ha regulado algunas cuestiones como parte del Derecho procesal es solo porque de tal forma deja una mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas[282].

Una vez expuestas las limitaciones de las teorías anteriores, ROXIN propone la siguiente solución: la *conexión de la circunstancia con el complejo del hecho* será lo que determine su pertenencia al Derecho material[283]. De esta manera, la exigencia de denuncia o querella será una mera condición de procedibilidad, ya que "se trata de un suceso situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho"[284]. Lo mismo sucede con otras figuras, como la prescripción, la amnistía o el indulto. Sin embargo, serán condiciones de punibilidad, por ejemplo, la solicitud de concurso en las insolvencias punibles o las

---

[280] Según PASTOR "estas derivaciones, consecuentes, aunque exageradas, sirven para demostrar que, en realidad, no es posible una división tajante y libre de objeciones entre derecho penal y derecho procesal penal" (PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 801).

[281] A esta misma conclusión arriba GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad…* cit., p. 65.

[282] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 991. Como señala GARCÍA PÉREZ, "muchas decisiones sobre si se ha de aplicar una pena se han reconducido al proceso penal que ha sabido adaptarse a esta situación sustituyendo el principio de legalidad por el principio de oportunidad" (GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., pp. 744-745).

[283] Según ROXIN, este criterio no es en realidad ideado por él, sino que es una solución fundada en los trabajos de GALLAS y SCHMIDHÄUSER (ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 988). Sobre estos autores, *vid.* MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., pp. 236 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad…* cit., pp. 61 y ss.

[284] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 988.

inviolabilidades parlamentarias, por estar directamente relacionadas con el acontecer del hecho[285]. A lo anterior añade que las inmunidades parlamentarias, sin embargo, son una condición de procedibilidad, ya que "su punición depende de la posterior decisión del parlamento"[286].

Como puede apreciarse, ROXIN pretende dejar fuera de la punibilidad (y, por tanto, en la esfera del Derecho procesal) todo aquello que dependa de una decisión posterior de terceras personas y que no esté en manos del autor de los hechos. Considera que esta teoría es la que mejor se ajusta a la legislación alemana, que limita la prohibición de retroactividad desfavorable al reo a las normas de Derecho material. En efecto, ROXIN explica que, de esta forma, las personas pueden hacer depender su actuación del hecho de que concurran o no las condiciones de punibilidad. Así, por ejemplo, el diputado podrá emplear sin miedo "palabras fuertes" si sabe que está protegido por la inviolabilidad. Sin embargo, añade, "nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a presentar una querella o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse"[287]. Como acertadamente observa PASTOR, es posible que el autor alemán llegue a esta conclusión debido a que la solución contraria hubiera implicado que la prohibición de retroactividad desfavorable se aplicase también a la figura de la prescripción, lo cual habría tenido como consecuencia que los crímenes del nazismo no hubiesen podido ser juzgados[288].

Finalmente, PASTOR afirma que no es posible distinguir entre las condiciones de procedibilidad y de punibilidad, lo que evidencia la inviabilidad de separar el Derecho

---

[285] *Ibidem.* Esta misma posición es defendida por MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., p. 153.

[286] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 988. En el mismo sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal…* cit., p. 153: "Estas inviolabilidades han de distinguirse de las "inmunidades", que afectan a más cargos políticos y que no excluyen la punibilidad material del hecho, sino que suponen solo ciertos *obstáculos procesales* que condicionan la posibilidad de su enjuiciamiento o de determinadas medidas procesales como la detención o el procesamiento".

[287] ROXIN, C., *Derecho Penal…* cit., p. 989.

[288] PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 803: "ROXIN defiende la opinión dominante en Alemania según la cual las reglas de prescripción no integran las circunstancias del hecho punible que, para legitimar la posterior condena, deben poder ser conocidas por los ciudadanos con anterioridad al hecho (regla de cálculo). Para forzar esta conclusión propone negar carácter sustantivo a las normas sobre la prescripción. De no haber existido el nazismo ¿hubiera la doctrina alemana aprobado este punto de vista? Seguramente no".

penal del Derecho procesal penal[289]. El autor llega a esta conclusión porque considera que el mandato del debido proceso es inherente a toda prohibición penal, de manera que "la misma realización de un proceso con determinadas características vendría a funcionar como una (¡la!) condición objetiva de punibilidad sin cuya presencia la sanción penal resulta inadmisible"[290]. La consecuencia de este posicionamiento es que no solo las condiciones de procedibilidad, sino que todas las normas que regulan el proceso penal formarían parte de esta condición objetiva de punibilidad (el debido proceso). Por tanto, todas las reglas procesales deberán estar sujetas al principio de legalidad material[291].

Esta misma postura ha sido defendida por SILVA SÁNCHEZ que, siguiendo la tesis de PASTOR, ha afirmado que "el delito como hecho histórico existe en el mundo extrajurídico. Sin embargo, es imposible hablar jurídicamente de él […] fuera del marco de un proceso penal y conforme a las reglas de este. Así, ciertamente el proceso debido en Derecho constituye una (macro-)condición de la punibilidad en sentido amplio"[292]. Como consecuencia, "si el proceso es una condición de punibilidad en sentido amplio y el cumplimiento de los requisitos de perseguibilidad del delito es, a su vez, condición de la incoación del proceso, entonces –por una pura operación transitiva– los requisitos de perseguibilidad son condiciones de la punibilidad en sentido amplio"[293].

Otra crítica interesante a ROXIN la encontramos en la tesis de MENDES DE CARVALHO. Según esta autora, cuando se distinguen las condiciones de punibilidad y las condiciones de procedibilidad a partir de la vinculación de las primeras con el complejo fáctico, se llega la conclusión de que las condiciones de punibilidad "fundamentan la existencia del hecho delictivo e integran por consiguiente el concepto del delito"[294]. Sin embargo, según su planteamiento, la punibilidad no puede constituir un elemento del concepto del delito y, por tanto, "la presencia de una condición positiva de punibilidad no condiciona la existencia misma del hecho delictivo, sino únicamente la

[289] PASTOR, D., «Acerca de presupuestos…» cit., p. 807.

[290] *Ibidem.*

[291] *Ibidem,* p. 808.

[292] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal: parte general*, Civitas, Madrid, 2025, p. 1933.

[293] *Ibidem.*

[294] MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., pp. 239-240.

posibilidad concreta de imposición de la pena"[295]. Es decir, para MENDES DE CARVALHO, si seguimos la propuesta de ROXIN, la clave del problema estaría en dilucidar si la condición en cuestión se basa en consideraciones sustantivas (vinculadas con una lesión o menoscabo del bien jurídico) o si se apoya en consideraciones estrictamente procesales, independientes del bien jurídico y que únicamente afectan a la persecución penal. El problema de este argumento, según la autora, "no está en la conclusión final, sino en el criterio distintivo que funciona como premisa: la vinculación de las condiciones objetivas de punibilidad a la existencia misma del concepto de delito"[296]. En su opinión, en ninguno de los dos casos la existencia material del delito se vería afectada.

MENDES DE CARVALHO rechaza que la punibilidad pueda formar parte del concepto de delito porque esta incorpora criterios político-criminales y consideraciones preventivas. Entiende que la concurrencia de una condición de punibilidad o de una excusa absolutoria no suponen una menor lesión del bien jurídico protegido por el delito y, por tanto, este tipo de circunstancias deben quedar fuera del ámbito de la teoría jurídica del delito[297].

Según GARCÍA PÉREZ, la autora alcanza esta conclusión porque parte de una teoría sobre los fines de la pena netamente retributiva (como señala este autor, en su origen, el esquema del delito fue elaborado a partir de esta concepción absoluta)[298]. Para MENDES DE CARVALHO "insertar en la estructura delictiva una categoría basada exclusivamente en la utilidad social de la pena […] contradice el principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana"[299]. Sin embargo, GARCÍA PÉREZ, que parte de una concepción relativa sobre los fines de la pena, no ve inconveniente en que la punibilidad, que incorpora razones de utilidad social, se inserte en la estructura del delito. Según este autor, "no se alcanza a comprender dónde

---

[295] *Ibidem.*

[296] MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., p. 242.

[297] MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., p. 458: "la presencia de una condición objetiva de punibilidad o la realización de un comportamiento postdelictivo positivo […] no demuestran un menor menoscabo del bien jurídico y no intervienen sobre la intensidad de la lesión del mismo. Además, tampoco pueden demostrar una menor gravedad de las infracciones desde el punto de vista material".

[298] GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., pp. 736 y ss.

[299] MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., p. 461.

estaría la lesión de la dignidad de la persona que un sector de la doctrina imputa a quienes admiten la categoría de la punibilidad basada en consideraciones utilitarias. La impunidad o la atenuación de la pena para algunos injustos culpables no viola derecho alguno de la persona"[300].

En definitiva, la adopción de una u otra postura sobre la punibilidad estará condicionada por la concepción de los fines de la pena de la que se parta: "allí donde se asigne a la pena la función de realizar un valor, la justicia, no habrá espacio más allá de lo injusto culpable para ulteriores categorías, sea en el delito o fuera de él. En cambio, cuando se parte de una función utilitaria de la pena, la prevención, ya sea del tipo que sea, entonces en el delito se ha de reconocer el aspecto dinámico y prospectivo propio de cualquier teoría relativa"[301].

Asimismo, GARCÍA PÉREZ ha observado que otro factor que divide a la doctrina sobre la punibilidad tiene que ver con la fijación del momento constitutivo del delito[302]. Según la opinión dominante, este quedaría totalmente constituido en el momento de infracción de la norma primaria, de manera que, todo lo que suceda después, quedaría fuera de la teoría del delito. Para el citado autor esta posición no puede ser defendida desde una concepción del Derecho penal orientado a la prevención. Por un lado, porque desde la *prevención especial* interesa cualquier circunstancia con independencia del momento en el que esta se produzca (puede acontecer con anterioridad, simultáneamente o con posterioridad al momento de infracción de la norma primaria) y, por otro, porque las razones de *prevención general* pueden desaparecer o atenuarse por circunstancias posteriores (como, por ejemplo, si la víctima y el victimario acuden a un proceso de justicia restaurativa)[303]. En su opinión, "no parece razonable que una parte del delito, el injusto, fije el momento constitutivo del todo, el delito, cuando se reconoce que este contiene elementos que son ajenos a la primera, el injusto, lo que les lleva a sostener la existencia de dos grupos de circunstancias, unas, las existentes al tiempo de la infracción que se integrarían en el delito y otras, que aparecen después, que formarían parte de una

[300] GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., p. 739.

[301] GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., pp. 738-739.

[302] *Ibidem*, pp. 740 y ss.

[303] *Ibidem.*

categoría no perteneciente al delito, denominadas otros presupuestos de la pena. A ello habría que sumar normalmente *las condiciones de procedibilidad* y en ocasiones otras circunstancias de la pena. De esta manera, más allá de lo injusto culpable tendríamos tres o cuatro categorías diferentes"[304]. Ahora bien, como apunta GARCÍA PÉREZ, incluso quienes aceptan la existencia de la categoría de la punibilidad, ubican más allá de la teoría del delito las circunstancias relativas a la pena y las condiciones de procedibilidad[305]. También quienes defienden un "sistema integral de Derecho penal" (que acoja dentro del mismo al Derecho procesal) distinguen entre condiciones de punibilidad, de determinación de la pena y condiciones de procedibilidad[306].

Parece que todavía no se vislumbra un claro criterio diferenciador que permita desenmarañar este revoltijo de circunstancias y un hecho que lo evidencia es que en ocasiones son perfectamente intercambiables. Un ejemplo claro lo encontramos en la distinta categorización que puede recibir la circunstancia de parentesco en los delitos patrimoniales: mientras que, como ya se ha apuntado, en el Código penal español se prevé como una excusa absolutoria que ocasiona la impunidad de este tipo de conductas (art. 268), en el Código penal alemán esta misma circunstancia se configura como una condición de procedibilidad, de manera que en estos casos se establece como requisito de perseguibilidad la denuncia del agraviado (parágrafo 247)[307]. Lo anterior lleva a GARCÍA

---

[304] *Ibidem*, p. 741. La cursiva es añadida.

[305] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS sitúa más allá de la punibilidad, "los elementos utilitarios de la penalidad" y "los elementos utilitarios de la procedibilidad". Entre los primeros ubica las reglas de determinación legal y judicial de la pena, así como las reglas penales y penitenciarias de ejecución penal y también buena parte de las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130. Por otro lado, en los elementos utilitarios de la procedibilidad sitúa las excepciones a la persecución de oficio, pero también otras causas de las previstas en el art. 130 (como la prescripción o el perdón del ofendido). *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la punibilidad…» cit., pp. 535 y ss.

[306] *Vid.* WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en.: WOLTER, J., FREUND, G. (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 31 y ss. Este autor, de hecho, apoya la tesis de ROXIN y defiende que "La querella y la prescripción son institutos estrictamente procesales. Del hecho de que ambas figuras sean ajenas al complejo del hecho y de que aun faltando la querella o verificándose la prescripción no desaparecen por completo las razones del Estado para castigar se deduce que no poseen ni una naturaleza jurídico-material, ni una doble naturaleza" (WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática…», p. 65). Puede consultarse un análisis en profundidad de la tesis de WOLTER en ASÚA BATARRITA, A., «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, pp. 221 y ss.

[307] *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., p. 743. ALONSO RIMO ha propuesto reformar el actual artículo 268 y adoptar el modelo alemán, ya que "de esta forma se podría seguir dando

PÉREZ a concluir que no es deseable que más allá del injusto culpable situemos tantas o más categorías que antes ya que esto tiene como inconveniente que el legislador pueda decidir si aplica o no las garantías penales, como el principio de legalidad: "Para ello basta con incluir una circunstancia en el Código penal bajo el ropaje de una causa que excluye la pena o en las leyes procesales con la apariencia de una condición de procedibilidad"[308]. Efectivamente, tal y como advierte MENDES DE CARVALHO, parece que finalmente la naturaleza jurídica que se atribuya a una u otra condición "está sometida a una simple decisión legislativa"[309]. Es decir, no es posible saber si, esencialmente, en una etapa prelegislativa, nos encontramos ante una condición de punibilidad o de procedibilidad.

A mi modo de ver, es más apropiado categorizar la exigencia de denuncia como una condición de procedibilidad porque es necesario que no se vea afectada por la cosa juzgada material y que pueda reabrirse el procedimiento en cualquier momento si este requisito no se da inicialmente, pero la víctima se ve preparada para relatar los hechos con posterioridad (todo ello, claro está, dentro de los límites de la prescripción). Esto es especialmente importante en materia de delitos sexuales, donde es frecuente que la víctima no quiera denunciar en un primer momento. Como veremos en el Capítulo IV, esta es la postura que ha adoptado la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado al interpretar el artículo 191.1 CP.

El inconveniente principal de esta toma de postura es que nos lleva a afirmar que entonces no se aplicará a este requisito de perseguibilidad el principio de legalidad y, con

---

cobertura al interés de la víctima en mantener las relaciones familiares al margen de la intervención penal […], si bien en términos algo más atemperados, de modo que si uno estafa a su suegra o se apropia indebidamente del dinero de su hermano o de su cuñado, tales víctimas tengan al menos la opción de valorar si quieren o no acudir a la vía penal y no quede ésta vetada de manera automática como sucede a tenor de la regulación actual" (ALONSO RIMO, A., «La víctima en el sistema de justicia penal II», en: BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coords), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 358-359).

[308] *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., «Sobre el Estado actual…» cit., p. 747.

[309] MENDES DE CARVALHO, É., *Punibilidad…* cit., 245. En el mismo sentido, FERRÉ OLIVÉ estima que "no puede desconocerse que algunas instituciones procesales también se encuentran guiadas por criterios de necesidad de pena, y pueden ubicarse perfectamente dentro de la punibilidad. Desde una perspectiva histórica, la asignación de los presupuestos procesales al ámbito penal o procesal ha estado condicionada por circunstancias coyunturales, es decir, por las necesidades y urgencias políticas de cada época. El legislador ha hecho uso de estas categorías de forma intercambiable (como ya hemos recordado, algunos presupuestos procesales se encuentran previstos en el texto del propio Código Penal). La asignación al Derecho penal o al Derecho procesal sigue estando hoy en manos del libre criterio legislativo o de valoraciones interpretativas" (FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Punibilidad…» cit., p. 10).

él, el de irretroactividad de las leyes penales desfavorables (como acabamos de exponer, este principio no opera en las normas de carácter procesal). Por tanto, si una reforma transformase algún delito semipúblico en un delito público perseguible de oficio, podrían perseguirse a instancia del Ministerio Fiscal aquellos delitos que se cometieron durante la vigencia de la regulación anterior (y para los que no se ha interpuesto denuncia).

Es decir, parece necesario ubicar la exigencia de denuncia o querella dentro de la punibilidad para poder justificar la vigencia del principio de legalidad penal. Este es el camino que ha tomado la Fiscalía General del Estado. En su *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*[310] recuerda que "en el plano procesal impera el principio *tempus regit actum* que obliga a acomodar los actos a la norma jurídica vigente en el momento que se producen"[311]. Sin embargo, considera que cuando una reforma legal cambia las condiciones de procedibilidad de algunas infracciones, transformándolas de públicas en semipúblicas, debe entenderse que nos encontramos ante una institución procesal que presenta una "vertiente material que afecta a elementos del delito, como la punibilidad, que justifica su aplicación retroactiva"[312]. A lo anterior se agrega que: "El órgano de la acusación pública renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en los supuestos taxativamente determinados en la ley, lo que constituye una forma de descriminalización de la conducta por vía acusatoria que trasciende las formas del procedimiento para enlazar con la teoría de la pena y los principios de la política criminal"[313].

A esta misma conclusión se llegó en la *Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, al abordar las modificaciones en materia de perseguibilidad que introdujo el Código penal de 1995, que transformaba algunos delitos públicos en semipúblicos[314]. En esta ocasión, se pronunció expresamente sobre la posible aplicación retroactiva del artículo 191 CP, que por primera vez introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la

[310] Como se verá a continuación, esta norma incorporó nuevos delitos perseguibles previa denuncia.

[311] Circular FGE 1/2015, p. 19.

[312] *Ibidem*, p. 20.

[313] *Ibidem*, p. 21.

[314] Circular FGE 2/1996, pp. 9 y ss.

posibilidad de que el proceso penal se iniciara a instancia del Ministerio Fiscal. La Circular señala al respecto lo siguiente:

> "La flexibilización de la persecución en algunos delitos, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, *por más que doctrinalmente pudiera sostenerse lo contrario*. A esa solución lleva la disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/1995. Por tanto en los delitos contra la libertad sexual perpetrados con anterioridad al 25 de mayo de 1996 y sometidos al régimen de denuncia previa, no podrá acudirse a la posibilidad de querella del Fiscal permitida por el art. 191 del nuevo Código Penal"[315].

En definitiva, aunque la doctrina mayoritaria ubique los requisitos de perseguibilidad fuera del Derecho penal material, entenderlos como meras cuestiones procesales podría provocar algunos efectos indeseados, pues implicaría aplicar retroactivamente una norma que convirtiera los delitos sexuales en delitos públicos a hechos anteriores a la entrada en vigor de esa reforma, lo cual supondría una limitación del derecho fundamental a la libertad de manera imprevisible para el reo. Por ello, la solución más idónea es entender que los requisitos de perseguibilidad tienen una doble dimensión (material y procesal). Como ya se ha anotado, cierto sector doctrinal entiende que no es necesario atribuir naturaleza material o mixta a una figura jurídica para establecer que rige el principio de legalidad penal y de irretroactividad de la ley desfavorable, pues considera que lo relevante es la afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, hay quienes estiman que sí que es preciso llevar a cabo esta delimitación entre Derecho penal sustantivo y procesal para poder decidir sobre la aplicación de este principio limitador del *ius puniendi*[316].

Sin embargo, el eterno debate sobre cómo distinguir las condiciones de procedibilidad de las de punibilidad evidencia que no es posible trazar una frontera clara[317]. Por ello, encuentro más acertadas aquellas posturas doctrinales que defienden que el proceso penal es una condición de punibilidad en sentido amplio, por lo que los

---

[315] *Ibidem*, p. 10. La cursiva es añadida.

[316] *Vid.* referencias doctrinales en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español…* cit., pp. 91 y ss.

[317] La existencia de una serie de circunstancias que tienen una naturaleza mixta apunta, como concluye GARCÍA PÉREZ, a la imposibilidad de establecer una barrera nítida entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal. *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., *La Punibilidad…* cit., p. 66.

requisitos de perseguibilidad también lo son. Además, como apunta SILVA SÁNCHEZ, "lo son por razones propias […] porque la propia celebración del proceso ya es sometida a un análisis político-jurídico. Así, por ejemplo, la protección de la intimidad de la supuesta víctima (art. 18.1 CE) o la evitación de una posible «victimización secundaria» de esta, ponderada con el interés público en el enjuiciamiento de los delitos, puede conducir a que el delito no sea perseguible de oficio, sino solo a instancia de parte"[318].

En efecto, como se estudiará en los capítulos siguientes, el objetivo de los requisitos de perseguibilidad es proteger una serie de *finalidades o intereses extrapenales*: los intereses de la víctima que se protegen con la exigencia de denuncia (su intimidad y su bienestar psíquico). No obstante, en algunos delitos perseguibles a instancia de la víctima, entre los que se encuentran los delitos sexuales, estos intereses se encuentran estrechamente relacionados con el bien jurídico protegido por el delito y, además, las *finalidades de la pena* (los intereses retributivos y preventivos) también están detrás de la ponderación de intereses en juego que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en virtud del artículo 191.1 CP para decidir sobre el ejercicio de la acción penal. Por todo ello, puede concluirse que, aunque la perseguibilidad de los delitos es un tema que, *a priori*, puede parecer propio del Derecho procesal, guarda una estrecha relación con cuestiones de Derecho penal sustantivo, como cuáles son los fines de la pena o los intereses que pretende proteger.

III. LOS DELITOS NO PERSEGUIBLES DE OFICIO: UNA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

1. El principio de legalidad procesal

Los requisitos de perseguibilidad son una excepción en nuestro sistema procesal penal. Como es sabido, la regla general es la persecución de oficio[319]. En efecto, en

[318] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal…* cit., p. 1933.

[319] *Vid.*, entre otras, MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 68; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes

nuestro ordenamiento jurídico la mayoría de los delitos son públicos, no siendo necesaria una denuncia (ni una querella) para que se inicie el proceso penal, por lo que el Ministerio Fiscal ha de a perseguirlos "con independencia de la opinión de la víctima"[320]. En otras palabras, ante la sospecha de la comisión de un delito público, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar la acción penal[321].

Por tanto, la expresión "perseguible de oficio" equivale a la de "a instancia del Ministerio Fiscal". Es preciso hacer esta advertencia porque en ocasiones la doctrina se refiere a la "iniciación de oficio" para referirse a aquellos casos en los que el juez inicia la fase de investigación porque tiene noticia de la perpetración de un delito[322]. Debido a la evidente confrontación que esto supone con el principio acusatorio, el art. 308 de la LECrim establece que inmediatamente el Juez ha incoado sumario debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se constituya en parte[323]. Pues bien, en la presente contribución, cuando se mencione la perseguibilidad "de oficio" no nos

acusadoras», en: GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 75.

[320] *Vid.* ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles a instancia de parte: respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 39.

[321] "A diferencia del derecho de acción que asiste a los particulares, el del Ministerio Público pertenece a la categoría de los derechos-deberes pues, dada su especial misión de defender la legalidad (art. 124.1 CE y 541 LOPJ) más que de un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Fiscal de defender a la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad, solicitando al respecto del Juez de Instrucción la apertura del proceso penal cuando le conste la comisión de un delito público" (GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018, p. 167). *Vid.,* en el mismo sentido, MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 159.

[322] RIZO GÓMEZ, B., «La iniciación del proceso penal», en: ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.), *Derecho procesal penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 135; NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal III: proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 203 y ss.

[323] El sistema acusatorio impide a los jueces y magistrados promover la acción penal (así lo establece expresamente el art. 102.3 de la LECrim). Pueden consultarse los diferentes modelos procesales en: GÓMEZ COLOMER, J. L., «Historia, sistemas y política criminal», en: GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal* III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 40 y ss.; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 91 y ss. Como señala GÓMEZ COLOMER, "se puede decir que, a pesar de la terminología legal, el proceso penal español nunca se inicia de oficio. El principio acusatorio no permite otra solución" (GÓMEZ COLOMER, J. L., «La instrucción del proceso: su estructura esencial», en: GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 154). En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal*… cit., p. 170. Si bien la aplicación de este precepto resulta anecdótica, el TC ha debido pronunciarse para descartar su inconstitucionalidad (*vid.* referencias en: SALORIO DIAZ, J. M., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 163 y ss.).

referiremos a este supuesto del artículo 308, sino a aquellos delitos que no exigen denuncia ni querella de la víctima para ser perseguidos[324].

Se considera que las infracciones que requieren un impulso de la víctima para su persecución ponen en entredicho el *principio de legalidad procesal*[325]. Como advierte VIVES ANTÓN, no debemos confundir este principio con el principio constitucional de legalidad, ya que lo que la doctrina procesalista llama principio de legalidad equivale al "carácter *necesario* del ejercicio de la acción para el Ministerio Fiscal"[326]. De este modo, mientras que en el proceso civil rigen los principios de autonomía de la voluntad y queda en manos de la parte perjudicada la *oportunidad* de accionar o no la tutela de sus derechos, a través del proceso penal se protegen intereses públicos y no se entiende que la víctima sea la única parte interesada en la sanción penal, sino que el *ius puniendi* del Estado se estima *necesario* para reestablecer el orden social[327]. Es por ello por lo que un sector doctrinal se refiere al "principio de oportunidad" como una excepción al "principio de

[324] La doctrina absolutamente mayoritaria emplea la expresión "hechos punibles perseguibles de oficio" en contraposición a los hechos punibles perseguibles previa denuncia o querella del ofendido. *Vid.*, entre otras, GÓMEZ COLOMER, J. L., «La instrucción…» cit., p. 157; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 197.

[325] *Vid.* LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 54 y ss.; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «El principio de oportunidad: experiencias en el proceso penal español», en: CALAZA LÓPEZ, S., MUINELO COBO, J. C. (Dirs.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 134 y ss. En este sentido, GIMENO SENDRA asevera que los delitos que exigen denuncia o querella para su persecución suponen una derogación del principio de "legalidad en el ejercicio de la acción penal", pues se trata de acciones penales que "informadas por el principio de oportunidad, otorgan al ofendido un derecho a la no perseguibilidad del delito" (GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 175 (la cursiva es añadida). En el mismo sentido: VECINA CIFUENTES, J., VICENTE BALLESTERO, T. «Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 50, 2017, pp. 314 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., «Condiciones…», cit., p. 89.

[326] VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 295 (la cursiva es añadida).

[327] *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 74. Según LIBANO BERISTAIN, "detrás de esta denominación de principio de oportunidad encontramos un intento, consciente o inconsciente, de evitar el empleo de la expresión principio dispositivo. Ello puede explicarse atendiendo a que esta última tradicionalmente se ha considerado ligada al proceso civil –véase el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento civil– y ajena al enjuiciamiento penal donde impera el interés público. En consecuencia, al objeto de soslayar la afirmación de que el principio dispositivo está vigente en el orden penal se ha recurrido al denominado principio de oportunidad, como si se tratara de algo distinto" (LIBANO BERISTAIN, A*., Los delitos semipúblicos…* cit., p. 88).

necesidad"[328]. También es frecuente encontrar la expresión "principio de oficialidad"[329], e incluso que se utilicen ambas denominaciones de manera conjunta[330]. Asimismo, suele aludirse al "principio de obligatoriedad de la acción penal"[331] o al "principio de indisponibilidad o irrenunciabilidad de la acción penal"[332].

Cierto sector doctrinal considera que el principio de necesidad u oficialidad es un mandato constitucional que se manifiesta en el art. 124 de la CE, al señalar que "El Ministerio Fiscal […] tiene por misión promover la acción de la justicia"[333]. Asimismo, suele afirmarse que se encuentra explícitamente recogido en el artículo 105.1 de la LECrim, que establece que "los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes"[334].

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, en España "la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal es un principio legal y no se halla proclamada en ninguna

---

[328] DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso penal: función específica, principios y especiales características», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 48; VIVES ANTÓN, T. S., *Anteproyecto del Código Penal 1992 y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1991, p. 164.

[329] ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 151 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 171; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 78; DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso penal…» cit., p. 32; LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 86.

[330] *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., «El objeto del proceso», en: MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 114.

[331] *Vid.* ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos contra la libertad sexual», en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., DIEGO DIAZ-SANTOS, M. R. (Coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, p. 55; ARMENTA DEU, T., «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», *Revista del poder judicial*, n.º 58, 2009, p. 281

[332] DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso penal…» cit., p. 33.

[333] *Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho…* cit., p. 167; LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 73 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso penal…» cit., p. 48; CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual (II)», en: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 354; LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2016, pp. 50 y ss.

[334] *Vid.* Circular FGE 1/2015, p. 15. En el mismo sentido: GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 171; LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 73-74. No obstante, esta última autora apunta que no existe unanimidad sobre en qué precepto de la LECrim se ubica el citado principio, pues hay quienes consideran que este se desprende del art. 1. Por su parte, ALONSO RIMO añade al art. 105 LECrim el art. 271 de la misma norma, que establece que "los funcionarios del Ministerio fiscal ejercitarán también, en forma de querella, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105" (ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 176).

norma de la Constitución"[335]. Es decir, tendría la categoría de principio ordinario. De esta opinión es GÓMEZ COLOMER, que además añade que el principio de oficialidad tampoco se encuentra recogido expresamente en la LECrim, aunque "toda ella está impregnada de él"[336], pues establece la obligación de las autoridades de iniciar una investigación cuando se tenga noticia de la comisión de un delito[337].

Por lo que se refiere al fundamento de este principio, este reside, como ya hemos adelantado, en la *necesidad* de defender los intereses sociales[338]. Esta es la razón que ha llevado a instaurar la figura del Ministerio Fiscal ya que, como advierte LIBANO BERISTAIN, el objetivo de esta institución es "garantizar la operatividad de la maquinaria penal y evitar así que, por cualesquiera motivos, el ofendido no ponga en funcionamiento el proceso penal dejando impune una conducta eventualmente merecedora de sanción. Para ello se tiene presente el interés público derivado de los bienes jurídicos protegidos por las normas de Derecho penal sustantivo"[339]. En el Capítulo V (II) profundizaremos en esta cuestión.

2. Clasificación de los delitos según la perseguibilidad y el perdón

[335] *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios a la Ley de Medidas… cit.,* p. 295. En el mismo sentido: VECINA CIFUENTES, J., VICENTE BALLESTERO, T., «Las manifestaciones…» cit., pp. 316 y ss.

[336] GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los principios del proceso penal», en: GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. (Coords.), *Introducción al Derecho Procesal: Derecho Procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 287.

[337] Según GÓMEZ COLOMER (*ibidem*), así se desprende de los arts. 259, 269 y 274 de la LECrim. Llama la atención que este autor no haga referencia al art. 105 LECrim, pues es donde lo ubica la doctrina mayoritaria.

[338] "La necesaria defensa de los intereses sociales, impone la obligación oficial de investigar los delitos, y corresponde especialmente a las autoridades establecidas al efecto" (GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *El proceso penal: tratamiento jurisprudencial*, Editorial Forum, Oviedo, 2004, p. 171). Sin embargo, para VIVES ANTÓN, el fundamento del principio de legalidad procesal "se halla en una concepción retributiva de la pena. Abandonada esta, el principio ha perdido su base teórica" (VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios a la Ley de Medidas…* cit., pp. 295-296).

[339] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 66 y ss. En la misma línea, MARTÍNEZ GARCÍA señala que, dado que el principio acusatorio impide que pueda abrirse la fase de enjuiciamiento sin la petición de la parte, en ocasiones es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, pues "la parte afectada en sus intereses no siempre está garantizada en su personación en los procesos, pues -por raro que parezca- la víctima puede no querer accionar y está en su derecho" (MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 77).

Los delitos de agresión y acoso sexuales no son los únicos en los que se prevén condiciones de procedibilidad, sino que el requisito de que la víctima impulse el proceso penal está previsto también en otros delitos.

La tabla que mostramos a continuación contiene una clasificación de los distintos delitos no perseguibles de oficio[340]. Generalmente la doctrina se limita a distinguir entre delitos privados y semipúblicos/semiprivados[341]. En los apartados siguientes de este trabajo emplearé la expresión "semipúblicos" para referirme a todos aquellos que exigen denuncia de la persona agraviada para su persecución, sin embargo, en este epígrafe emplearé otros términos para subclasificarlos, ya que de este modo podremos destacar algunas diferencias interesantes que existen entre unos y otros.

Por un lado, en algunas infracciones semipúblicas el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal, mientras que en otras la víctima pierde el control sobre el proceso penal una vez interpone la denuncia[342]. Ello se debe a que el artículo 130.1.5.º del CP limita la operatividad del perdón a los delitos leves perseguibles a instancia de parte o a que la ley lo prevea expresamente[343]. Por otro lado, aunque con carácter general el Ministerio Fiscal no puede actuar hasta que la víctima inicie el proceso, en algunos delitos se prevé su intervención de forma paralela bajo la concurrencia de determinadas circunstancias.

---

[340] Se ha seguido el esquema propuesto por ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 199.

[341] Ambas expresiones ("semipúblico" y "semiprivado") se emplean indistintamente. *Vid.*, entre otras, ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 41; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 171; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 75; MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal…* cit., pp. 68 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *Introducción al derecho procesal penal: (especialmente dirigido a policía judicial y criminólogos)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 110 y ss.

[342] Señalan también el perdón como criterio de distinción: ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 42 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *Introducción al derecho…* cit., p. 117.

[343] La LO 8/2021 ha modificado el art. 130.1. 5.º CP, que anteriormente permitía el perdón del representante legal en el caso de personas menores de edad o con discapacidad (aunque se establecía que "los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal" podían "rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena"). En la actualidad el citado precepto dispone que "en los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal".

CATEGORÍAS DELICTIVAS	INICIO INTERVENCIÓN PENAL	EXTINCIÓN INTERVENCIÓN PENAL	DELITOS
DELITOS PRIVADOS	Exigen querella de la víctima	Cabe el perdón	Injurias y calumnias contra particulares (art. 215.1 y 3 CP).
DELITOS SEMIPRIVADOS	Exigen denuncia de la víctima	Cabe el perdón	Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2) *Excepción:* Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor. Lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2) Daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267). Lesiones leves y maltrato de obra (art. 147.4) *Excepción* VGD: art. 153. Amenazas leves (art. 171.7) *Excepción* VGD.

			Coacciones leves (art. 172.3) *Excepción* VGD.
DELITOS SEMIPÚBLICOS	Exigen denuncia de la víctima	No cabe el perdón	Reproducción asistida sin consentimiento (art. 161.2) Abandono de familia e impago de pensiones (art. 228) *Stalking* (art. 172 ter.3) *Excepción* VGD. Injurias y vejaciones injustas leves en VGD (art. 173.4). *Novedad:* acoso callejero (2022).
DELITOS CUASIPÚBLICOS PROPIOS	Exigen denuncia de la víctima o denuncia o querella del Ministerio Fiscal	No cabe el perdón	Delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 287). Delitos societarios (art. 296.2) Agresión y acoso sexuales (art. 191)
DELITOS CUASIPÚBLICOS IMPROPIOS	Exigen denuncia de la víctima o	Cabe el perdón	Delitos contra la intimidad (art. 201 CP).

	denuncia del Ministerio Fiscal		

En la primera fila se sitúan los denominados *delitos privados*. Estos son únicamente las injurias y calumnias contra particulares. Para su enjuiciamiento es necesario que la persona ofendida o su representante legal presente una querella y se persone en la causa como acusador privado[344]. Son los únicos delitos en los que no es posible la intervención del Ministerio Fiscal[345]. En estos delitos el perdón de la persona ofendida extingue la acción penal (art. 215.3), por lo que la víctima tiene en estos casos el total monopolio del *ius persequendi* (o *ius ut procedatur*).

La segunda fila recoge los *delitos semiprivados*[346], que son aquellos en los que la víctima no solo tiene la llave para el inicio del proceso, mediante la interposición de una denuncia, sino que también puede poner fin al mismo, pues el perdón del ofendido actúa como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.5 en conexión con los arts. 13 y 33). Se exceptúan los casos de violencia de género y doméstica, dado que se convierten en delitos públicos perseguibles de oficio, y no es posible la condonación.

La tercera fila engloba los *delitos semipúblicos* (en sentido estricto o "puros"), que son aquellos en los que se exige la denuncia de la víctima para iniciar el proceso penal, pero una vez se pasa esta barrera, el procedimiento puede continuar de oficio a instancia del Ministerio Fiscal, sin que el perdón sea posible en estos casos[347]. Es decir, la víctima tiene la llave para abrir el proceso, pero no para cerrarlo[348].

---

[344] *Vid.* MUERZA ESPARZA, J., «Las partes en el proceso penal (I)», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 157 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., pp. 87 y ss.; SALORIO DIAZ, J. M., *Curso de Derecho…* cit., pp. 95 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *Introducción al derecho…* cit., pp. 117 y ss.

[345] *Vid.* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 109.

[346] La doctrina procesalista se refiere a estos delitos como "delitos semipúblicos con interés privado" (GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., pp. 177 y ss.

[347] La doctrina procesalista se refiere a estos delitos como "delitos semipúblicos puros", que son los tradicionalmente considerados semipúblicos, en los que el ofendido ostenta el monopolio de la acción penal, pero no de la pretensión punitiva (*Ibidem*).

[348] *Vid.* STS 240/2002, de 15 de febrero, FJ 2 (ECLI:ES:TS:2002:1016).

Por último, en la cuarta fila aparecen los denominados *delitos cuasipúblicos*, que son aquellos que exigen denuncia de la víctima, pero en los que, junto a la misma, se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda también iniciar el proceso en algunos casos[349]. Es lo que sucede en los delitos de agresión y acoso sexuales, en los que se contempla la iniciación a través de querella del Ministerio Público, "que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia" (art. 191.1 CP). Asimismo, en los delitos contra la intimidad (art. 201 CP), los delitos societarios (art. 296.2 CP) y los delitos relativos al mercado y los consumidores (art. 287 CP), se establece que el Ministerio Fiscal puede perseguir los hechos mediante denuncia[350] con independencia de la voluntad de la víctima cuando estos afecten "a los intereses generales o a una pluralidad de personas".

Estas cláusulas no convierten los delitos mencionados en delitos públicos, sino que el Ministerio Fiscal deberá valorar si procede iniciar o no el proceso penal en atención a criterios de conveniencia y oportunidad[351]. Según MORENO CATENA, en estos supuestos el Ministerio Fiscal *puede* interponer la querella correspondiente "si entiende

---

[349] *Vid.* ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., p. 55.

[350] Como explica CATALINA BENAVENTE, en virtud del art. 271 LECrim "los funcionarios del MF ejercitarán, con carácter general, "en forma de querella, las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados con arreglo a lo dispuesto en el art. 105 LECrim". Sin embargo, este requisito fue matizado con el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que le autoriza a "recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante" (art. 5.1). Según esta autora, "la práctica ha puesto de manifiesto que, con carácter general lo habitual es que los ficales den inicio al proceso a través de denuncia. El art. 191 supone, por tanto, una excepción" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses en presencia" como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada», en: FERNÁNDEZ BENAVENTE, J. G. (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 777).

[351] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 176: "Ello es lógico, por lo demás, pues de no ser así, tales hipótesis devendrían, de facto, normales infracciones perseguibles *ex officio*. De esta forma, lo que sucede es que la intervención del Ministerio público se está conformando en clave potestativa, y, desde este prisma, se puede afirmar entonces que se está dando entrada al principio de oportunidad procesal". Algún autor, sin embargo, ha concluido que el art. 191 CP supone en realidad transformar estos delitos en delitos públicos. En este sentido, GOMEZ COLOMER observa que la necesidad de que en estos delitos el Ministerio Fiscal presente una querella "puede motivar a confusión, pues parece que el delito pase a ser privado, lo que es imposible porque los delitos privados excluyen precisamente la presencia del Ministerio Público. Lo que se quiere decir realmente es que el delito deja de ser privado o semipúblico, para pasar a ser público, en consonancia con la moderna tendencia a castigar más gravemente los delitos sexuales, pero dependiendo de criterios de oportunidad para su persecución, lo que hace difícilmente clasificable este supuesto" (GÓMEZ COLOMER, J. L., *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 122).

que quedan afectados los intereses públicos"[352]. La doctrina procesalista ha denominado este último grupo de infracciones como "delitos semipúblicos con interés público"[353] y se entiende que la víctima pierde el monopolio sobre la acción penal "cuando el delito haya comprometido también un bien de interés público"[354]. Sin embargo, estoy de acuerdo con ALONSO RIMO cuando afirma que esta interpretación no resulta adecuada "por la referencia que encierra al objeto de protección del delito que *siempre* es de carácter público"[355].

Repárese en que los ataques a la intimidad son los únicos delitos *cuasipúblicos* en los que es posible el perdón de la persona ofendida (art. 201.3 CP)[356]. Sin embargo, como advierte ALONSO RIMO, esta potestad remisoria concedida a la víctima quedará sometida a la ausencia de impulso por parte del Ministerio Público. Es decir, en el caso de que existan intereses generales o una pluralidad de víctimas, aunque una víctima concreta perdone al autor, el órgano público podrá seguir adelante con el proceso[357].

3. Excepciones en materia de violencia de género y doméstica

Como se indica en la tabla, el legislador penal ha optado por *publificar* la persecución penal en el ámbito de la violencia de género y doméstica (en adelante VGD).

La persecución de oficio de la VGD es anterior a la aprobación de la LOVG, pues fue la LO 14/1999, de 9 de junio, la que reformó el artículo 104 de la LECrim, convirtiendo en perseguible de oficio la falta de malos tratos. Hasta entonces, el precepto

---

[352] MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 160.

[353] GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., pp. 177 y ss.

[354] *Vid.* CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?», en: PUENTE ALBA, L. M. (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género: Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, p. 282.

[355] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 172. De lo contrario, los mecanismos de perseguibilidad a instancia de la víctima supondrían una privatización de la justicia penal, idea que posteriormente descartaremos (*vid.* Capítulo V.II).

[356] Lo que ha llevado a ALONSO RIMO a calificar estos casos como infracciones cuasipúblicas "impropias" (*Ibidem*, p. 177).

[357] *Ibidem.*

establecía que solo podían ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes las faltas consistentes en "malos tratamientos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres, o de los pupilos respecto de sus tutores". Esta norma modificó también el artículo 620 del CP, y declaró que la denuncia no sería exigible en las faltas de amenazas y coacciones cometidas en situaciones de VGD. El requisito de la denuncia se mantuvo, sin embargo, en el caso de las injurias.

Otra reforma muy importante en este ámbito fue la que introdujo la LO 1/2015, dado que a través de esta norma algunas faltas pasaron a ser delitos leves perseguibles previa denuncia[358]. Tras esta modificación, incorporaron el requisito de procedibilidad:

- El nuevo delito de acoso predatorio o *stalking* del art. 172 *ter* CP (excepto en VGD).
- Las lesiones por imprudencia menos grave del art. 152.2 CP.
- El homicidio por imprudencia menos grave del art. 142.2 CP[359].
- Las lesiones dolosas leves y el maltrato de obra de los arts. 147.2 y 3 CP (excepto en VGD, en los que se aplica el art. 153 CP, que constituye un delito público).
- Las amenazas y coacciones leves de los arts. 171.1 y 172.3 CP (excepto en VGD, pues para estos casos estos mismos preceptos prevén la persecución pública).
- Las injurias y vejaciones de carácter leve cometidas en el ámbito de la VGD del art. 173.4 CP.

Como expresamente recoge el Preámbulo de la norma citada, "este requisito de perseguibilidad no se va a exigir en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica. Tampoco se exigirá denuncia en estos casos para la persecución del

[358] Mientras que algunas faltas se perseguían previa denuncia, otras eran públicas. Pueden consultarse los cambios en relación con la regulación anterior en: MARCOS FRANCISCO, D., «Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, n.º 116, 2015, pp. 1 y ss. *Vid.* también LIBANO BERISTAIN, A., «Análisis crítico de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte a la luz de la reforma penal de 2015», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 2017, pp. 469 y ss.

[359] En 2022, a través de la LO 11/2022, de 13 de septiembre, el delito de homicidio por imprudencia menos grave pasó a ser un delito público "en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor" (art. 142.2 *in fine*).

nuevo delito de acoso"[360]. Asimismo, afirma que el objetivo de establecer una "diferenciación en el tratamiento de los delitos relacionados con la violencia de género" es "mantener un nivel de protección más elevado"[361]. De lo anterior se desprende, *a contrario sensu*, que el legislador considera que reconocer a la víctima en estos casos la posibilidad de iniciar el procedimiento supone otorgarle una peor tutela penal.

Tal y como sucedió en Italia (*vid. supra* Capítulo I, IV.2) la introducción del delito de *stalking* –resultado de las obligaciones de incriminación impuestas por el Convenio de Estambul– reavivó el debate sobre cuál es el régimen de perseguibilidad más idóneo para este tipo de delitos, cuyas víctimas mayoritariamente son mujeres[362]. Si bien inicialmente no se había previsto una excepción en supuestos de VGD, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2013 se sucedieron diversas enmiendas en las que se sugirió una nueva redacción del artículo para exceptuar la exigencia de denuncia en estos casos. Según la enmienda parlamentaria presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia, la persecución de oficio hace posible la coordinación "con el espíritu de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género, así como toda la legislación introducida por las diversas reformas en materia de violencia de género y/o doméstica y la especialización establecida en dicha Ley, que es contraria a la exigencia de una denuncia previa de la víctima para poder investigar, instruir y enjuiciar cualquier delito de dicho ámbito"[363].

Como consecuencia, el apartado segundo del precepto, que agrava la pena cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, añade que "en este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo"[364]. Como acertadamente apunta VILLACAMPA ESTIARTE, esta redacción

---

[360] Párrafo XXII del Preámbulo de la LO 1/2015.

[361] *Ibidem.*

[362] *Vid.*, por todas, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de stalking», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 379 y ss.

[363] Enmienda n.º 554 presentada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia (BOCG, Congreso, Serie A núm. 66-2, 10 de diciembre de 2014). *Vid.* también la Enmienda n.º 670 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

[364] "La pena se eleva, según el art. 172 ter 2, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación constituyendo la mayoría de los casos que registra la jurisprudencia el supuesto de que el acoso proceda de una de las personas del ámbito familiar a que hace referencia el art. 173.2, singularmente las exparejas, sin que se requiera entonces denuncia del agraviado" (LAMARCA

constituye una muestra de dudosa técnica legislativa, pues hubiera sido más oportuno excluir la exigencia de denuncia en el mismo apartado 4, que es donde se encuentra prevista[365].

Para VILLACAMPA, la perseguibilidad del *stalking* debiera haber sido de oficio en todo caso ya que, en su opinión, la exigencia de denuncia solo se justificaría si fuese posible otorgar protección a través de medidas civiles (tal y como prevé el Convenio de Estambul), de manera que se dejase en manos de la víctima la decisión de acudir a la vía penal o a la civil. Sin embargo, dado que las medidas de protección se han articulado únicamente en términos penales, no encuentra fundamento a la exigencia de denuncia[366]. Estima que es insuficiente la modificación introducida en el apartado 2 del precepto, ya que "esto conduce a la previsión de perseguibilidad de oficio del delito estrictamente en supuestos de violencia familiar, pero no de género cuando no exista entre víctima y victimario ninguno de los vínculos relacionales que contempla expresamente el art. 173.2 CP"[367]. Por tanto, si no existe (ni ha existido) entre la mujer y el hombre esta relación, será necesario que la primera presente una denuncia para que el delito pueda ser perseguido[368].

Por otra parte, hay que señalar que la LOGILS modificó el art. 173.4 CP, que regula las injurias y vejaciones injustas de carácter leve en VGD, introduciendo en el mismo apartado el delito de acoso callejero, cuya persecución también está condicionada a la presentación de denuncia[369]. Según SÁNCHEZ BENÍTEZ, el régimen de perseguibilidad de este nuevo delito hace posible evitar "una excesiva criminalización de

---

PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad», en: LAMARCA PÉREZ, C. (Dir.), *Delitos. la parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 154-155, con referencias jurisprudenciales).

[365] VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de stalking» cit., p. 383. De la misma opinión: LLORIA GARCÍA, P., *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking*, Iustel, Madrid, 2020, p. 204.

[366] *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de stalking» cit., pp. 382 y ss.

[367] *Ibidem*, p. 383.

[368] *Vid.* también una crítica a esta regulación en: ESTEVE MALLET, L., *Violencia de género en el Código Penal español. Análisis del artículo 172 Ter*, Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia, 2016, pp. 565 y ss. Según esta autora, la perseguibilidad del *stalking* debería haber sido similar a la de los delitos de agresión y acoso sexuales, de manera que se posibilitara la intervención del Ministerio Fiscal.

[369] Este delito castiga "a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad".

comportamientos que en algunos supuestos podrían ser de escasa gravedad como para invocar el Derecho penal"[370]. Además, destaca la dificultad que implica apreciar de oficio la concurrencia de elementos típicos, ya que se trata de "un delito de resultado con un alto grado de subjetivación, en el sentido de que se exige que se altere el normal desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, resultado difícilmente apreciable por un tercero"[371].

Sin embargo, hay una figura de acoso que es siempre perseguible de oficio: el delito de acoso antiabortista, introducido en 2022 en el artículo 172 *quater* CP[372], que establece expresamente en su apartado quinto que "en la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal". Llama la atención que el delito de acoso antiabortista se haya configurado como un delito público cuando, al igual que sucede con el delito de acoso callejero, la apreciación de la conducta típica está afectada por un elevado grado de subjetividad, por lo que hay quienes afirman que hubiera sido más adecuado exigir la denuncia de la víctima[373]. Además, el artículo 172 *quater* fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario Vox y, entre los motivos del recurso, se alegó que la persecución de oficio vulnera el derecho a la intimidad de las víctimas (art. 18 CE). La cuestión ha sido resuelta en la STC 75/2024, de 8 de mayo, que ha declarado su constitucionalidad. Dada la importancia que presenta esta resolución para el análisis sobre el fundamento de los institutos de perseguibilidad privada, la abordaremos detenidamente en un momento posterior (*infra* Capítulo V, VII).

Por otra parte, es importante resaltar que, aunque la LOGILS ha creado un subtipo agravado de agresión sexual cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o

---

[370] *Vid.* SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España: Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022 de 6 de septiembre*, Agencia Estatal BOE, 2023, p. 59.

[371] *Ibidem*, pp. 59-60.

[372] Este precepto castiga "a quien para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad" y a quien "acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo".

[373] En este sentido, MARTÍNEZ SANROMÁ ha denunciado la imposibilidad de extraer criterios objetivos para delimitar qué significa la expresión "actos molestos" que recoge el art. 172 *quater* y considera que "pretender generar criterios universales y objetivos que permitan identificar situaciones desagradables, de intranquilidad o malestar puede resultar imposible" (MARTÍNEZ SANROMÁ, O., «Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP», *Diario La Ley*, n.º 10272, p. 12).

haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 180.1. 4.ª CP), no ha modificado la perseguibilidad del delito de agresión sexual (ni en el art. 191.1 CP, ni en este mismo apartado del art. 180 CP, como sucede en el caso del *stalking*), por lo que su persecución penal continuará afectada por el requisito de procedibilidad, aunque se cometa en el ámbito de una relación de pareja o expareja[374].

Lo mismo sucede con los delitos contra la intimidad. Dentro de este grupo de infracciones se encuentra el delito de difusión no consentida de imágenes íntimas (art. 197.7 CP), que también se comete principalmente contra mujeres[375]. Sin embargo, aunque se ha introducido un supuesto agravado en situaciones de VGD (art. 197.7 *in fine* CP), no se ha modificado el requisito de perseguibilidad. Según LLORIA GARCÍA, esto supone un abandono de la perspectiva de género por parte del legislador (que, como se acaba de exponer, establece como regla general la persecución de oficio de la violencia de género y doméstica)[376]. Para esta autora, la exigencia de denuncia en estos delitos muestra la absoluta disponibilidad del bien jurídico, "por lo que la idea de consentimiento vuelve a surgir como elemento nuclear de la tipicidad o atipicidad de estas acciones, quedando un importante círculo de sujetos pasivos, compuesto por mujeres sometidas a violencia de control sin posibilidad de protección cuando, por la razón que sea, no presenten denuncia"[377].

Por último, entre los delitos cuya persecución requiere denuncia de la víctima cabe destacar también, por su relación con el objeto de esta tesis doctoral, el de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (art. 161 CP). Y ello porque aquí esa exigencia de denuncia previa se fundamenta con frecuencia aludiendo a la disponibilidad del bien jurídico y a su titularidad eminentemente personal[378]. Abordaremos la cuestión del

---

[374] Lleva a cabo esta misma interpretación sobre la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexual cometidos en contextos de violencia de género: CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., pp. 280 y ss.

[375] *Vid*., por todas, LLORIA GARCÍA, P., *La violencia sobre la mujer…* cit., pp. 124 y ss.

[376] *Ibidem*, p. 157.

[377] *Ibidem*.

[378] *Vid.* GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2001, p. 387; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en: BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., MORILLAS CUEVA, L., PERIS RIERA, J. M. (Coord.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 238.

consentimiento de la víctima y su relación con la perseguibilidad en el Capítulo V, pues en materia de delitos sexuales también se ha relacionado la exigencia de denuncia con el carácter disponible del objeto de protección.

En resumen, el legislador ha convertido en delitos públicos todos los delitos semipúblicos aplicables a situaciones de VGD, menos los delitos de injurias y vejaciones injustas de carácter leve (art. 173.4 CP), los delitos contra la intimidad (arts. 197 *in fine* y 201 CP) y las agresiones sexuales (arts. 180.1.4.ª y 191.1 CP). Por otra parte, las últimas reformas penales que se han llevado a cabo para castigar otras formas de violencia que afectan a las mujeres fuera del ámbito de la pareja no han seguido un criterio único en relación con la perseguibilidad: mientras que el delito de *stalking* fuera de la pareja y el nuevo delito de acoso callejero se persiguen previa denuncia de la víctima, el acoso antiabortista se persigue de oficio.

IV. LAS DISPENSAS DE LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR Y DE DECLARAR

Con excepción de lo que sucede en los delitos privados, la víctima puede decidir poner en marcha el proceso penal a través de una denuncia o de una querella[379]. La diferencia radica en que mediante la querella se constituye en parte como acusación particular, mientras que la simple denuncia le permite apartarse del proceso (a salvo de la obligación de comparecer como testigo si no concurre en ella alguna dispensa del deber de declarar de la que desee hacer uso)[380].

La persona ofendida por el delito puede, en realidad, convertirse en acusación particular a través de dos vías: o bien presentando una querella inicialmente (art. 270 LECrim) o personándose en la causa ya iniciada a partir del ofrecimiento de acciones (art.

[379] Ambas fórmulas se estudian como "actos de iniciación" (GÓMEZ COLOMER, J. L., «La instrucción…» cit., pp. 155 y ss.). La denuncia queda regulada en los arts. 259 y ss. de la LECrim y la querella en los arts. 270 y ss. No obstante, en el procedimiento por delitos leves, la denuncia es suficiente para constituir en parte acusadora al ofendido o perjudicado, sin mayores exigencias de postulación (*vid.* Circular FGE 1/2015, p. 16).

[380] NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 197.

109 LECrim)[381]. Según el art. 109 bis de la LECrim, el momento preclusivo para constituirse en parte es el trámite de calificaciones provisionales o escrito de acusación, aunque también es posible la personación posterior "hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas". La jurisprudencia ha admitido también la posibilidad de que la víctima se persone en el mismo acto de juicio oral[382]. En el caso de víctimas de violencia de género, se prevé que "podrán personarse como acusación particular *en cualquier momento del procedimiento* si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado" (art. 20.7 LOVG).

Aunque la denuncia de la víctima requiere menos formalidades, pues constituye una mera declaración de conocimiento comunicadora de la *notitia criminis*, no debe perderse de vista que en los delitos semipúblicos esta supone algo más: se transforma en un requisito de perseguibilidad[383]. Además, en estos delitos la denuncia deja de ser una obligación y se convierte en un derecho de la víctima. En efecto, la LECrim establece una serie de deberes dirigidos a la ciudadanía para que denuncien cuando tengan noticia de la comisión de un delito, pero esta obligación queda limitada a las infracciones de carácter público. De este modo, tienen el deber de denunciar quienes presencien la comisión "de cualquier delito público" (art. 259 LECrim), quienes tengan conocimiento de los mismos por razón de su cargo, profesión u oficio (art. 262 LECrim), así como quienes por cualquier otro medio tengan conocimiento de la perpetración de un delito "de los que deben perseguirse de oficio" (art. 264 LECrim)[384].

---

[381] CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., p. 296: "La querella ha de presentarse por escrito, aunque si el acusador particular comparece al procedimiento en el trámite del ofrecimiento de acciones o adhesivamente, la querella podrá ser oral y por medio de ella obtiene los mismos objetivos que se pueden alcanzar a través del escrito de querella. Se trata, en definitiva, de que en el trámite del ofrecimiento de acciones el ofendido o perjudicado por los hechos delictivos se pueda constituir en parte con la simple respuesta afirmativa a dicho ofrecimiento". *Vid.* también MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., pp. 84 y ss.

[382] *Vid.* SALORIO DIAZ, J. M., *Curso de Derecho…* cit., p. 93.

[383] En este sentido, entre otras: GÓMEZ COLOMER, J. L., «La instrucción…» cit., p. 157; CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., p. 290; NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 197; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 178.

[384] *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., «La instrucción…» cit., p. 156 y ss.

La denuncia de los delitos públicos queda así configurada como una obligación y, como tal, su incumplimiento puede generar responsabilidad. Las consecuencias de no intervenir cuando tenemos conocimiento de la comisión de un delito pueden parecer menores a simple vista, dado que las multas que prevé la LECrim son irrisorias (de 25 a 250 pesetas, según el art. 259). Sin embargo, no hay que perder de vista que si alguien tiene conocimiento de unos hechos delictivos y no acude a testificar o no declara puede incurrir en responsabilidad penal como partícipe siempre que concurran determinadas circunstancias[385]. Asimismo, el art. 450 del CP castiga la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, aunque este precepto solo contempla el caso de delitos flagrantes o de próxima comisión, por lo que no incluye la falta de denuncia de un delito ya perpetrado.

Ahora bien, este deber de denunciar no es absoluto, sino que la LECrim establece una serie de dispensas. Por un lado, el artículo 260 declara que esta obligación "no comprende a los impúberes ni a los que no gozaren de pleno uso de razón". Una posible interpretación de este precepto es que la denuncia de las personas menores de edad y con discapacidad no debe ser atendida. Sin embargo, como advierte NIEVA FENOLL, esta exención no puede convertirse en una exclusión, por lo que, aunque se establezca en estos casos una excepción al deber de denunciar, esto no puede implicar que no se escuche a este grupo de personas o que se desconfíe de ellas, por lo que lo correcto es proceder a la comprobación de su denuncia[386].

---

[385] *Vid.* LLORIA GARCÍA, P., «La obligación de denunciar los delitos sexuales sufridos por niños, niñas y adolescentes», en: PEÑA GARCÍA, C., CAMPO IBÁÑEZ, M. (Coords.), *El derecho canónico ante los abusos sexuales*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 172. Sobre esta cuestión, NIEVA FENOLL añade que, aunque el castigo del testigo como partícipe pueda "ser francamente problemático desde el punto de vista de las teorías del dolo, […] las posibles excusas del deber de denunciar –miedo insuperable– tienen que ser examinadas en el marco del proceso penal. El delito se suele cometer en la clandestinidad, y cuanta menos colaboración ciudadana exista, menor eficacia tendrá el sistema. No se trata de impulsar la delación como forma de conducta, sino simplemente de no promover la comodidad del silencio ante el acaecimiento de hechos terribles" (NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 201).

[386] NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 200: "en la actualidad tales exenciones, aunque no constituyan una exclusión, encierran evidentes discriminaciones que suponen poner bajo sospecha a los denunciantes en esos casos. Observar con desconfianza la denuncia de una persona con discapacidad equivale a no escucharle, es decir, a silenciarle. Si se me permite la burda expresión, a tenerle por imposible a cualesquiera efectos, apartándole de la sociedad. Sin embargo, es obvio que hay hechos que solamente pueden ser denunciados por un menor o por una persona con discapacidad, porque siendo la víctima de los mismos, en realidad es el único que los conoce. Y además, la realidad es que la mayoría de personas con discapacidad tienen suficiente juicio para observar un ilícito penal, exactamente igual que los menores de edad".

Por otro lado, la LECrim establece en el artículo 263 una dispensa dirigida a los abogados y procuradores "respecto de las instrucciones y explicaciones que recibieran de sus clientes" y otra destinada a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes "respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio". Si bien la primera exención resulta necesaria para garantizar el derecho de defensa, la segunda es más difícil de sostener en un estado laico, lo que ha llevado a la doctrina a demandar que se declare su inconstitucionalidad[387].

Asimismo, el art. 261 LECrim establece una exención para los familiares del autor del delito:

> "Tampoco estarán obligados a denunciar:
> 1.º Quien sea cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.
> 2.º Quienes sean ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.
> Esta disposición no será aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

Esta dispensa ha sido muy cuestionada por la doctrina procesalista, pues el objetivo de su introducción en el siglo XIX fue preservar "la paz de las familias", fundamento que ha perdido su sentido en la actualidad[388] (en el capítulo siguiente se verá

---

[387] *Vid.* NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 200. Puede encontrarse un análisis en profundidad de esta dispensa en LLORIA GARCÍA, P., «La obligación…» cit., pp. 180 y ss.

[388] "Consta que esas exenciones estuvieron basadas en la preservación de la paz familiar, de manera que la mano pública no tuviera acceso a lo que sucedía en los domicilios, ni se provocaran disensiones familiares a través de las denuncias. Al fin y al cabo, la familia era la unidad mínima social por excelencia, base de todo el sistema —incluso de las dinastías dirigentes— y por ello era comprensible que se preservara esa "paz" familiar. Sin embargo, hoy en día esas exenciones solo pueden servir para encubrir la violencia doméstica, difícilmente perseguible si no se producen las denuncias de los familiares" (NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 200).

que este mismo fundamento era el que había detrás de la perseguibilidad privada de los delitos contra la honestidad).

Esta exención del deber de denunciar presenta una evidente conexión con la dispensa del deber de declarar contra familiares prevista en el artículo 416 de la LECrim[389]. La posibilidad de que las víctimas de violencia de género puedan acogerse a esta dispensa ha sido muy controvertida y finalmente el legislador ha optado por limitar este derecho a través de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI). Tras esta reforma, no se permite acogerse a la dispensa al testigo "que esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular" (art. 416.1. 4.º), ni tampoco al que "haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo" (art. 416.1. 5.º).

Esta reforma profundiza en la misma línea de ignorar la voluntad de las víctimas que, como se ha visto en el apartado anterior, es una característica del tratamiento legal de la VGD en España. A mi juicio, es criticable que el legislador haya empleado una norma destinada a personas menores de edad para reformar de manera casi subrepticia una cuestión de suma importancia que afecta a mujeres adultas. Si bien es cierto que el artículo 416 LECrim no contiene ninguna referencia expresa a la mujer víctima de violencia de género, hubiera sido conveniente que el legislador llevase a cabo alguna justificación al respecto en el Preámbulo de la norma, al ser una regulación que ha suscitado tanta polémica por afectar principalmente a las víctimas de este tipo de violencia[390].

---

[389] Relaciona ambas cuestiones: CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., pp. 295 y ss.

[390] *Vid*., entre otras: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., *Perspectiva de género y prueba*, Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 54 y ss.; FERRER COSTA, M. T., «La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal. Pasado, presente y futuro», *Lex criminalis*, n.º 3, 2023, pp. 4 y ss.; DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La reforma del derecho a la dispensa del deber de declarar en violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 58, 2022, pp. 2 y ss.; IGLESIAS CANLE, I. C., «Libertad sexual y violencia sexual», en: IGLESIAS CANLE, I. C., BRAVO BOSCH, M. J. (Dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 275 y ss.; LARRAURI, E., «Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2022, p. 155.; CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del art. 416 Lecr., a debate», en: PUENTE ALBA, L. M. (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género: Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pp. 343 y ss.

Por último, y volviendo a la denuncia, el art. 261 LECrim añade una excepción, pues no hay dispensa del deber de denunciar en determinados delitos cuando la víctima sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, modificación que también ha sido introducida por la LOPIVI. Como puede apreciarse, los delitos a los que afecta este régimen –los enumerados en ese apartado 2º del art. 261 LECrim– son todos perseguibles de oficio, excepto los delitos sexuales, que son semipúblicos. Es decir, nos encontramos con una excepción a la regla según la cual los delitos semipúblicos no se encuentran afectados por la obligación de denunciar[391]. Como se verá en el siguiente apartado, la LECrim establece que, en los delitos semipúblicos, cuando la víctima sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, el Ministerio Fiscal "podrá" denunciar. Es decir, la denuncia del Ministerio Fiscal en estos casos se configura como *potestativa*. Sin embargo, para los particulares, y tras esta reforma de 2021, hay una *obligación* de denunciar en el caso de los delitos sexuales –que son semipúblicos– cuando sean cometidos contra estas víctimas vulnerables. Se ha establecido, por tanto, un régimen diferente en cuanto a la denuncia en estos casos: preceptiva para los particulares, pero potestativa para el Ministerio Fiscal.

En resumen, solo hay obligación de denunciar los delitos públicos (con excepción de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim para los particulares respecto de los delitos sexuales cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección). En la práctica es posible, no obstante, que alguien tenga conocimiento de la existencia de un hecho delictivo y lo ponga en conocimiento de la policía sin previamente consultar si se trata de un delito público, privado o semipúblico. Será la autoridad correspondiente la que deberá llevar a cabo esta calificación y determinar los efectos de dicha denuncia[392].

Como vimos en el Capítulo anterior al analizar las obligaciones de investigación (III.3), cuando un tercero denuncia un delito de agresión o acoso sexual cometido sobre

[391] Como ha advertido LLORIA GARCÍA, parece que "el derecho de denunciar se transmuta en obligación de denunciar en el caso que las víctimas sean niños, niñas y/o adolescentes, con independencia de la naturaleza del delito" (LLORIA GARCÍA, P., «La obligación…» cit., p. 179). Puede consultarse también: RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., «La preservación de la voluntad de la víctima menor de violencia sexual: denuncia, declaración y prohibición de la mediación penal», en: CALAZA LÓPEZ, S., FONTESTAD PORTALÉS, L. (Dirs.), *Justicia en red por la paz*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 123 y ss.

[392] *Vid.* CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., p. 294.

una persona mayor de edad y sin discapacidad, las autoridades no pueden no intervenir acogiéndose al argumento de que se trata de un delito semipúblico, sino que están obligadas a realizar una comprobación de los hechos[393]. En efecto, aunque finalmente la víctima no denuncie, la investigación debe iniciarse ya que, como señala LLORIA GARCÍA, puede resultar de suma importancia para esclarecer otros hechos de naturaleza pública que pudieran estar conectados y para poder adoptar medidas de protección sobre la víctima si es necesario[394]. Por su parte, NIEVA FENOLL añade que "desde luego, si dicha víctima acaba por no denunciar, no habrá nada que hacer. Pero la gravedad de los hechos que podrían evitarse propicia que se realice esa comprobación y que, por consiguiente, la denuncia sea también posible y eficaz, aunque sea a estos solos efectos"[395].

V. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS DELITOS SEMIPÚBLICOS

1. Las reformas del artículo 105 LECrim: la importancia de las diligencias a prevención

El Ministerio Fiscal tiene la obligación de perseguir los delitos públicos, mientras que debe abstenerse de promover la acción penal ante los delitos privados y semipúblicos. Ahora bien, en estos últimos, una vez se cumple el requisito de perseguibilidad, sí que se encuentra obligado a participar en el proceso penal como si de un delito público a partir de ese momento se tratase[396]. En otras palabras, una vez que la víctima presenta la denuncia, el procedimiento continúa de oficio con independencia de la voluntad de esta

[393] En este sentido, *vid.* NIEVA FENOLL, que además añade que esta comprobación de los hechos tendrá como objetivo "averiguar *prima facie* si hubo o no consentimiento de la víctima" (NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 197).

[394] LLORIA GARCÍA, P., «La obligación…», cit., p. 171.

[395] NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal…* cit., p. 197. *Vid.* también: CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 766 y ss.

[396] *Vid.* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 108.

última (excepto en aquellos delitos en los que es posible el perdón). Si bien es cierto que la víctima puede renunciar al ejercicio de la acción penal, esto no afectará en ningún caso a la acusación pública[397]. Tampoco tendrá repercusiones sobre la acusación popular, si la hubiese.

Los delitos privados son, por tanto, los únicos en los que el Ministerio Fiscal no interviene. Así lo recoge expresamente la LECrim en su artículo 105:

> "1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la *querella privada.*
> 2. En los *delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada* también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.
> *La ausencia de denuncia* no impedirá la práctica de *diligencias a prevención.*"

La redacción vigente es la que otorgó a este precepto la LO 1/2015 –que, como hemos visto, introdujo importantes novedades en materia de perseguibilidad en el CP–, pues con anterioridad a la reforma su apartado segundo todavía establecía lo siguiente:

> "También deberán ejercitarlas en las causas por los *delitos contra la honestidad* que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad."

Este texto era una norma procesal en blanco que requería ser interpretada conforme a las disposiciones actuales del Código Penal. Sin embargo, como denunciaba LIBANO BERISTAIN, la disposición no solo suponía un problema terminológico, sino que su lectura podía inducir a pensar que los delitos sexuales eran los únicos que integraban la categoría de infracciones semipúblicas, pero, como ya se ha estudiado, estas

[397] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 225 y ss., CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., pp. 310 y ss.

son muchas más y en todas ellas el Ministerio Fiscal está obligado a intervenir una vez se cumple la condición de procedibilidad[398].

Pues bien, esta desfasada regulación se explica porque en el Código Penal de 1870 –que era el que estaba vigente cuando se aprobó la LECrim– solo eran delitos semipúblicos algunos delitos contra la honestidad (la violación y el rapto ejecutado con miras deshonestas). El estupro, sin embargo, era un delito privado (de ahí que el artículo 104 de la LECrim lo recoja junto con los delitos de injurias y calumnias)[399]. No se comprende por qué si la reforma de 2015 modificó la referencia a los delitos contra la honestidad no eliminó también el estupro del catálogo de delitos privados. Tal vez sea porque esta reforma se centró en regular las nuevas infracciones semipúblicas y el artículo 104, que se refiere a los delitos privados, pasó desapercibido.

Dicho esto, puede inferirse que el legislador de 2015, al sustituir la mención a los delitos contra la honestidad "que deben denunciarse previamente por los interesados" por la expresión "delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada" quiso pasar a regular todas las infracciones semipúblicas. Es importante precisar esta cuestión porque en ocasiones la doctrina emplea la expresión "a instancia de parte" únicamente para referirse a los delitos privados, sin embargo, parece que el legislador hace un uso más amplio de la misma[400].

La reforma de 2015 introdujo también la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiese iniciar el proceso mediante denuncia en el caso de delitos semipúblicos cuando estos se comentan contra personas menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y personas desvalidas (la regulación anterior solo mencionaba a las personas desvalidas o faltas de personalidad). Huelga decir que en estos casos los delitos no se transforman en delitos públicos perseguibles de oficio ya que, como puede apreciarse, el artículo 105 ordena que el Fiscal deba iniciar el proceso en todo caso, sino que expresamente establece que "podrá" hacerlo. Se trata, por tanto, de una intervención del Ministerio Público absolutamente potestativa. Considero conveniente

[398] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 212.

[399] Puede consultarse esta regulación *infra* (Capítulo III, V).

[400] *Vid*. ampliamente esta cuestión terminológica en ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 167 y ss.

insistir en ello porque, como se verá en el Capítulo IV (V.3), cierto sector doctrinal ha defendido que, en los delitos sexuales cometidos contra menores y personas con discapacidad, la intervención del Ministerio Público es obligatoria y, a mi juicio, esta interpretación es errónea.

En este tema hay una falta de coherencia entre la LECrim y el CP, ya que la posibilidad que prevé la legislación procesal de que el Ministerio Fiscal intervenga en estos casos no se encuentra reflejada en todos los delitos semipúblicos en el Código penal[401]. Como ha denunciado VILLACAMPA ESTIARTE, en el delito de *stalking* del artículo 172 *ter* no se ha previsto esta posible intervención paralela del Ministerio Público, por lo que resultaría conveniente que se reforme este precepto introduciéndose un régimen especial para estas víctimas especialmente vulnerables como sucede en los delitos sexuales[402].

Llama la atención que el legislador no haya reparado en esta incoherencia sistemática entre los diferentes preceptos del Código penal que establecen condiciones de procedibilidad y que, sin embargo, a través de la LOPIVI haya prohibido en el artículo 1301.1.5ª CP la operatividad del perdón en el caso de personas menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección con el fin de, según se afirma, "completar" su protección "ante delitos perseguibles a instancia de parte"[403]. Una completa protección, a mi juicio, hubiera pasado por introducir un régimen especial para este tipo de víctimas, posibilitando la iniciación a instancia del Fiscal en todos los delitos semipúblicos.

Por último, hay que prestar atención a lo dispuesto en el artículo 105 *in fine*, que permite al Ministerio Fiscal practicar "diligencias a prevención" incluso en aquellos casos en los que no exista denuncia de la víctima. Es decir, esta cláusula permite llevar a cabo las primeras diligencias que recoge el artículo 13 de la LECrim (consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su

---

[401] Solo se encuentra prevista en los delitos siguientes: reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (art. 161.2), delitos sexuales (art. 191.1 CP), delitos contra la intimidad (art. 201.2), abandono de familia (art. 228 CP), daños imprudentes (art. 267 CP), delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 287.1), delitos societarios (art. 296.2).

[402] *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de stalking» cit., pp. 382 y ss. En el mismo sentido: ESTEVE MALLET, L., *Violencia de género…* cit., pp. 565 y ss.

[403] *Vid.* apartado II de la LO 8/2021.

comprobación y a la identificación del delincuente, detener a los presuntos responsables del delito y proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo). Esta disposición tiene una gran relevancia para el tema que nos ocupa, ya que permite investigar un presunto delito de agresión o acoso sexual y asegurar las pruebas con independencia de que la víctima posteriormente decida denunciar los hechos o no. Como ya se ha mencionado, las autoridades no deben mirar hacia otro lado bajo la excusa de que nos encontramos ante una infracción semipública, sino que deben investigar los delitos de los que haya tenido conocimiento en todo caso.

La LOGILS ha contribuido en buena medida a mejorar la regulación sobre esta cuestión, pues ha establecido expresamente que "la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado, *no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal*" (art. 48 LOGILS). De esta forma, se habilita al personal sanitario para la recogida de muestras biológicas y otras evidencias sin la necesidad de que esté presente el médico forense en el centro hospitalario[404]. Antes sí que era necesario, pues se entendía que el artículo 191.1 CP impedía activar el protocolo para la toma de muestras[405].

2. El principio de oportunidad: los intereses de la víctima como intereses públicos relevantes

El principio de oportunidad no se encuentra contemplado expresamente en el artículo 105 de la LECrim, sino que, como advierte LIBANO BERISTAIN, aparece en

[404] *Vid. Protocolo de atención integral, sanitaria y judicial a las víctimas de agresiones sexuales de la Comunitat Valenciana*, Conselleria de Sanidad, Generalitat Valenciana, 2023, p. 10.

[405] *Vid. Protocolo de actuación y coordinación sanitaria ante agresiones sexuales en Andalucía*, Consejería de Salud y Familias, Junta de Andalucía, 2020, p. 25. Según algún autor, con anterioridad a la LOGILS la solución podía hallarse a través del art. 105 LECrim, pero para ello los protocolos de los centros de salud tenían que prever que los hechos se pusieran en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pudiera llevar a cabo las diligencias a prevención. *Vid.* VEGAS, J. C, (15 de agosto de 2016), «Actuaciones penales y procesales ante un delito contra la libertad sexual», *Tribunafeminista*, Disponible en: https://tribunafeminista.org/2016/08/actuaciones-penales-y-procesales-ante-un-delito-contra-la-libertad-sexual/#google_vignette (fecha de última consulta: 29.3.2025).

normas concretas que permiten al Ministerio Fiscal no perseguir hechos aparentemente constitutivos de delito[406]. Según la autora citada, este principio de oportunidad puede expresarse de dos maneras: o bien permitiendo la conclusión anticipada de un procedimiento ya iniciado (por ejemplo, a través de la conformidad negociada) o bien no incoando el proceso penal en algunas ocasiones previstas en el Código penal. Es en este último supuesto donde se encuentra el artículo 191.1 del CP.

En efecto, en ocasiones es la legislación penal material la que permite al Ministerio Fiscal valorar si conviene o no poner en marcha el proceso penal. Como ya se ha apuntado, el art. 191.1 CP establece que el Ministerio Fiscal puede interponer una querella ante un delito de agresión o acoso sexual, pero, para ello, se requiere que previamente lleve a cabo una ponderación de los "legítimos intereses en presencia". Al introducir esta cláusula, el Código Penal de 1995 incorporó una expresión del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal. Además, como se viene diciendo y se expondrá con detalle en el Capítulo IV (V.3), el Ministerio Fiscal también ha de realizar un juicio de oportunidad cuando la víctima es una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida (es decir, no ha de proceder de forma automática en estos supuestos, sino que también debe valorar si es conveniente el ejercicio de la acción penal).

Según CARMONA SALGADO, esta ponderación de los legítimos intereses en presencia se enfrenta a la imposición que emana del principio de legalidad proclamado en el artículo 124 de la Constitución, considerando que quizá puede resultar contraria a dicho principio constitucional[407]. En contra de esta opinión, ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO argumentan que la cláusula no resulta contraria al principio del art. 124 CE debido a que es la propia ley la que regula la labor ponderativa que debe llevar a cabo el Fiscal[408]. No obstante, a mi juicio, CARMONA SALGADO no se refería al principio de legalidad material, sino al principio de legalidad procesal u oficialidad (entendido este como obligatoriedad del ejercicio de la acción penal).

---

[406] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 86 y ss.

[407] CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra…» cit., p. 354.

[408] *Vid.* ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., p. 59. Además añaden que "no es la única, ni la más importante, expresión del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento penal (piénsese en el instituto procesal de la así llamada, conformidad)".

En relación con este tema, VECINA CIFUENTES y VICENTE BALLESTERO consideran que el art. 191.1 CP es una muestra de que el principio de legalidad procesal no es un mandato constitucional[409]. Como ya se dijo, cierto sector doctrinal defiende que el deber del Ministerio Fiscal de promover la acción penal se encuentra consagrado en el art. 124.1 de la CE, al establecer que este órgano "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley". Sin embargo, según estos autores, aunque a primera vista esta tesis pudiera parecer correcta, de una lectura más detenida del precepto constitucional se desprende que, aunque en algunos casos la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal puede resultar compatible con la defensa de "los derechos de los ciudadanos y del interés público", en ocasiones no lo es. En tales supuestos excepcionales, como sucede en el caso de los delitos de agresión y acoso sexuales, el principio de legalidad procesal "puede ceder ante la prevalencia de los derechos de los ciudadanos o de otros intereses también públicos"[410].

En mi opinión, el art. 191.1 CP resulta perfectamente compatible con el artículo 124 de la Constitución. Como se expondrá en el Capítulo V (II), el juicio de ponderación que el Ministerio Fiscal tiene que realizar sobre los "legítimos intereses en presencia" consiste en buscar un equilibrio entre diversos intereses públicos. Además, tampoco puede considerarse que vulnere el principio de legalidad material, pues nos encontramos ante una facultad de "oportunidad reglada"[411]. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico la única oportunidad que está permitida es aquella que se encuentra prevista en una disposición normativa[412]. Es decir, la oportunidad está en todo caso regulada, por lo que la actuación del Ministerio Fiscal no puede ser arbitraria, sino que está sometida a condiciones especificadas en la ley[413]. Ahora bien, a mi juicio, sería conveniente que el legislador desarrollase cuáles son estos legítimos intereses en presencia que el Ministerio Público ha de tener en cuenta pues, como veremos, no es una cuestión pacífica.

---

[409] VECINA CIFUENTES, J., VICENTE BALLESTERO, T. «Las manifestaciones…» cit., pp. 316 y ss.

[410] *Ibidem*, p. 317.

[411] Sobre este concepto, ampliamente, LAMADRID LUENGAS, M. A., *El principio de oportunidad…* cit., pp. 54 y ss.

[412] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 89.

[413] DE LA OLIVA SANTOS, A., «El proceso penal…» cit., p. 44.

El principio de oportunidad está adquiriendo en los últimos años un mayor protagonismo en nuestro sistema procesal penal. A las expresiones de este principio anteriormente mencionadas (la conformidad[414] y las que prevé expresamente el CP) hay que añadir dos más: las que recoge, por un lado, el proceso penal de menores y, por otro, el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.

Como es sabido, en la legislación sobre la responsabilidad penal de las personas menores de edad se encuentran muchas manifestaciones del principio de oportunidad. El sistema procesal es en estos casos más flexible, ya que se encuentra regido por el interés superior del menor, por lo que se confiere al Ministerio Fiscal la facultad de archivar la causa bajo determinadas circunstancias. Por ejemplo, en caso de conciliación o reparación entre el menor y la víctima *ex* art. 19 LORPM[415].

Por lo que se refiere al procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, el principio de oportunidad supone otra novedad introducida por la LO 1/2015, que incorporó una serie de criterios en la actuación del Ministerio Fiscal[416]. El principio de oportunidad se introdujo así por primera vez en nuestra legislación procesal a través de la modificación del Libro IV de la LECrim, estableciendo en el artículo 963 que el Juez puede acordar el sobreseimiento de las actuaciones "cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias":

> a) El delito leve denunciado *resulte de muy escasa gravedad* a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
> b) *no exista un interés público relevante en la persecución del hecho*. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante

[414] La conformidad ha sido reformada a través de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que ha ampliado los supuestos en los que es posible, al excluir límites penológicos a su ámbito de aplicación. Puede encontrarse un estudio jurisprudencial reciente sobre la conformidad, que analiza también su aplicación en delitos contra la libertad sexual, en: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2024, pp. 225 y ss. Puede consultarse también un análisis de esta figura y su relación con el principio de oportunidad en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Notas sobre las conformidades en los procesos penales», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2018, n.º 3, pp. 621 y ss.

[415] *Vid.* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 109; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 80.

[416] *Vid.* delitos a los que afecta en VECINA CIFUENTES, J., VICENTE BALLESTERO, T. «Las manifestaciones…» cit., p. 318.

en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Esta reforma ha sido cuestionada por un sector de la doctrina procesalista que considera que otorga un margen de discrecionalidad a la actuación del Ministerio Fiscal excesivamente amplio[417]. Y, por otro lado, se ha criticado la falta de concreción en los criterios que se deben tener en cuenta pues, como puede apreciarse, se trata de conceptos jurídicos indeterminados[418].

La anteriormente citada Circular 1/2015 de la FGE ha desarrollado en qué consisten estos dos criterios de oportunidad que deben concurrir de forma simultánea[419]. En este sentido, sobre el requisito de la *muy escasa gravedad del delito* se señala que:

> "Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho"[420].

A continuación, se añade que una posible vía interpretativa para valorar qué infracciones pueden dejar de ser perseguidas es "estudiar los tipos penales desde el punto de vista utilitario o finalista", de manera que el Ministerio Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal cuando "se sienta una menor necesidad de tutela por las circunstancias concurrentes en el caso"[421]. Para concretar esta "menor necesidad" establece los siguientes parámetros complementarios: por un lado, "el valor relativo del

---

[417] *Vid.* MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 109 y ss.

[418] *Vid.* MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015, Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 196 y ss.

[419] Puede encontrarse un análisis de esta cuestión de la Circular en: VARONA MARTÍNEZ, G., *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 57 y ss..; SAN CRISTÓBAL REALES, S., «El principio de oportunidad, justicia restaurativa y mediación en el proceso penal: perspectivas de futuro», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 56, 2022, pp. 34 y ss.

[420] Circular 1/2015, p. 14.

[421] *Ibidem.*

bien jurídico tutelado por la norma" y, por otro, "la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados"[422]. Desde este punto de vista, se estima que los Fiscales deberán ser menos proclives a solicitar el sobreseimiento cuando se trate de bienes jurídicos personales o cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico, por haberse completado el *iter criminis*, sobre todo si el delito ha producido algún daño indemnizable que no ha sido compensado. También se valoran en este punto las circunstancias personales del autor, como sus antecedentes penales por delitos de la misma naturaleza o su disposición a reparar el mal causado.

Por lo que respecta al criterio de la *falta de interés público*, se dice que este interés será mayor cuando la comunidad sufra con frecuencia delitos de la misma naturaleza o, desde la perspectiva de la víctima, cuando la persecución penal sea necesaria para brindarle "una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada"[423]. Puede apreciarse, por tanto, que los intereses de la víctima no se conciben como intereses privados (opuestos, por tanto, a los intereses públicos), sino como un elemento que forma parte del juicio de ponderación de intereses públicos que debe realizar el Ministerio Fiscal.

Durante la tramitación parlamentaria de la reforma se añadió un inciso en el que se establece expresamente que no existe interés público en la persecución de los delitos leves patrimoniales "cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado" (art. 963.1. 1.ª b)[424]. Es decir, la reparación de la víctima y su voluntad de denunciar son factores clave que el Fiscal debe tener en cuenta en su juicio de ponderación y, tal y como señala la Circular de la FGE, esta interpretación no puede quedar limitada a los delitos patrimoniales, pues en los delitos personales también debe tenerse en cuenta[425].

[422] *Ibidem.*

[423] *Ibidem*, p. 15.

[424] *Vid.* MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales…* cit., pp. 196 y ss.

[425] Circular 1/2015, p. 15.

Resulta esencial, por tanto, que el Ministerio Fiscal pueda escuchar la opinión de la víctima. Ahora bien, esta no será determinante, sino que, como es lógico, su validez también está sometida a una serie de condiciones:

> "La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público"[426].

En último lugar, la Circular señala que si la víctima retira la denuncia deberá estarse a la última voluntad expresada. Ahora bien, esta retirada ha de producirse con anterioridad del informe de oportunidad del Fiscal, pues una vez emitido este informe, no se trasladará al Fiscal el cambio de parecer de la víctima, salvo en supuestos excepcionales. En caso de pluralidad de víctimas, se deberá tener en cuenta lo expresado por todas ellas, pero deberá perseguirse el delito si, al menos una, se pronuncia "con suficiente claridad" sobre su intención de obtener una tutela penal[427].

Por todo lo expuesto, puede concluirse que las razones de "interés público" no se refieren a las necesidades de retribución (gravedad del injusto culpable) y prevención general (porque la comunidad sufra con frecuencia delitos de la misma naturaleza), sino que engloban también las preferencias y voluntad que pueda expresar la persona agraviada. Es de agradecer que la FGE haya concretado esta cuestión ya que, en principio, de toda infracción penal se desprende un interés público en su persecución, pues este queda implícito en la mera tipificación de la conducta[428]. Como veremos en los Capítulos

---

[426] *Ibidem*, p. 16.

[427] *Ibidem*, p. 17.

[428] Esta misma crítica ha sido formulada por ALONSO RIMO a la cláusula de los "intereses generales" que establecen algunas infracciones *cuasipúblicas*, ya que podría acabar convirtiendo todas las infracciones afectadas por dicha cláusula en delitos públicos *de facto* (ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 187 y ss.).

IV y V, estas referencias a la reparación y al interés de la víctima en la persecución pueden resultar muy útiles en la interpretación del artículo 191.1 CP.

3. El Ministerio Fiscal ante la violencia contra las mujeres: hacia un modelo de justicia restaurativa

La tendencia del sistema penal en los últimos años ha sido la de limitar la capacidad de decisión de las víctimas de violencia de género a la hora de afrontar su situación de violencia. A pesar de los numerosos intentos legislativos (estableciendo la persecución pública y limitando la operatividad de la dispensa del art. 416 LECrim[429]), en la práctica, los operadores jurídicos se encuentran con frecuencia ante situaciones complejas en las que la mujer no desea colaborar con la Administración de Justicia[430].

Aunque, en principio, el procedimiento en estos casos debe continuar de oficio más allá de lo que ella quiera (pues el objetivo del sistema es castigar al victimario y garantizar la protección de la víctima), en ocasiones no es posible seguir adelante por una simple cuestión de falta de prueba[431]. En estos casos, se acude al sobreseimiento provisional para que el proceso penal pueda reanudarse de nuevo si la mujer más adelante cambia de parecer y quiere declarar[432]. Sin embargo, en ocasiones sí que es posible una

[429] En la misma línea, el TS ha establecido que no es relevante el consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena cuando la víctima consiente que su pareja o expareja quebrante la orden de alejamiento. *Vid.*, entre otras: LÓPEZ BARELA, B., «El delito de quebrantamiento en el ámbito de las violencias de género», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 26, 2024, pp. 43 y ss.; GUARDIOLA GARCÍA, J. «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas», en: CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 931 y ss.

[430] "Los procesos penales seguidos por delitos de violencia de género suelen suponer una experiencia bastante traumática para la propia víctima que ha de hacer frente no sólo a las consecuencias del delito sufrido, sino además a las que se derivan del propio proceso, siendo frecuente en la práctica que las mujeres incluso se nieguen a prestar declaración ante el temor y la desprotección que sienten por parte del sistema de justicia" (LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «Principio de oportunidad y violencia de género», en: CALAZA LÓPEZ, S., MUINELO COBO, J. C. (Dirs.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 252).

[431] *Vid.* PERAMATO MARTÍN, T., «La importante función del Ministerio Fiscal frente a la violencia de género», en: FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 325 y ss.

[432] Se posiciona a favor de esta solución, a falta de una reforma legal que priorice la autonomía de las víctimas: LARRAURI, E., «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en: ECHANO

condena si existen otras pruebas, como el atestado policial, testigos, partes médicos, etc. En estos casos el Ministerio Fiscal sí que podrá sostener la acusación[433].

Según GISBERT GRIFO y MARTÍNEZ GARCÍA, los fiscales tienen entre sus misiones (según el art. 124 CE y el art. 3 de su Estatuto Orgánico) "la protección de las personas más desvalidas, caso en el que se encuentran, sin que quepa ninguna duda, las víctimas de violencia de género"[434]. En mi opinión, conviene reparar en las consecuencias que pueden tener este tipo de afirmaciones: por un lado, entender que todas las mujeres víctimas de violencia machista son personas desvalidas (equiparables, por tanto, a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección) puede resultar problemático, por lo que este tipo de planteamientos vienen siendo cuestionados desde algunos sectores del feminismo (expondremos ampliamente estas críticas en el Capítulo V.VI). Por otra parte, esta toma de postura supondría permitir que el Fiscal inicie el proceso penal en todos los delitos semipúblicos que se comentan en contextos de violencia de género, ya que el desvalimiento es una de las excepciones que el artículo 105 de la LECrim establece a la exigencia de denuncia y, como veremos en el Capítulo IV, este régimen especial también se encuentra previsto en el art. 191.1 CP. Es decir, adoptar esta posición implicaría publificar los delitos de agresión y acoso sexuales cuando estos se cometan en el ámbito de una relación de pareja o expareja.

Si bien la persecución penal de oficio puede parecer, *a priori*, la solución más idónea, si esta no se acompaña de otros recursos (económicos, sociales, psicológicos, etc.) que permitan a las mujeres salir de la situación de violencia, todos estos esfuerzos del

---

BASALDUA, J. I. (Dir.), *Cuadernos Penales José María Lidón: La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Servicio de Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 163.

[433] *Vid.* PERAMATO MARTÍN, T., «La importante función…» cit., p. 325: "El FGE nos exhortó a suplir las deficiencias de prueba que puedan originarse a consecuencia de ese silencio [Intrucción 2/88]; a esa misma obligación se refirió un año después la Comisión del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos, encargada del estudio de la mujer maltratada, en el informe de 12 de abril de 1989, en el que se reclamó un cambio en la actuación de los integrantes del Ministerio Fiscal ante unos hechos que, por su reiteración y frecuencia, constituyen un problema social. Y añadía que se 'requiere una postura más activa tanto en la acusación como en la búsqueda de pruebas'".

[434] GISBERT GRIFO, S., MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Género y violencia: análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 56. A lo anterior estas autoras añaden que otra de sus funciones es "la defensa del interés social, estrechamente relacionado con la violencia de género". Como se estudiará Capítulo V, quienes parten de la idea de que este interés social solo puede alcanzarse mediante la persecución penal, más allá de cuáles sean las necesidades concretas de las víctimas, defienden la persecución pública de todas las formas de violencia que afectan de forma desproporcionada a las mujeres, como la violencia sexual.

legislador quedarán en vano. La persecución penal puede incluso, en algunos casos, empeorar la situación de la víctima. Es por ello por lo que se hace necesario plantear un debate más profundo sobre si lo más conveniente para las víctimas de violencia de género es la perseguibilidad de oficio o previa denuncia[435]. Según LARRAURI, esta cuestión puede haber pasado inadvertida para la doctrina penal debido a la tradicional distinción que ha existido entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal[436]. En efecto, como se ha visto al estudiar la naturaleza jurídica de los requisitos de perseguibilidad (*supra* II), con frecuencia la doctrina ha concebido la exigencia de denuncia o querella como aspectos meramente procesales que no atañen al Derecho penal. Sin embargo, no se trata de una cuestión menor y es algo que sin duda debe tenerse en cuenta en la lucha contra la violencia de género.

Aunque la problemática en torno a la perseguibilidad ha pasado desapercibida, en los últimos años se han publicado diferentes estudios que proponen incorporar el principio de oportunidad en el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género[437]. Todos ellos se refieren a la posibilidad de acudir a la justicia restaurativa para resolver el conflicto y conseguir de este modo la reparación de las víctimas que en pocas ocasiones consigue garantizar el sistema penal tradicional (que se centra en el castigo del delincuente y convierte a la víctima en la "mera espectadora de su caso"[438]). En este sentido, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA señala que "el proceso penal del siglo XXI está evolucionando hacia un modelo restaurativo y resocializador que huye de la rigidez de la

---

[435] CATALINA BENAVENTEE considera que "esta discusión debería definitivamente plantearse y debatirse" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., p. 288). Recientemente se ha publicado una monografía relacionada con este tema, aunque desde la óptica del Derecho Procesal: *vid.* PÉREZ TORTOSA, F., *Feminismos y justicia penal*, Dykinson, Madrid, 2024.

[436] "En efecto, la escasa atención al proceso penal en este tema, contrasta con la multitud de estudios referidos a los aspectos dogmáticos del delito de violencia doméstica. Creo que ello obedece a la tradicional separación entre derecho sustantivo y procesal existente en España, que comporta que el análisis del delito de violencia doméstica no conlleve generalmente el estudio de su aplicación procesal. Sin embargo, como frecuentemente se admite, gran parte del problema estriba en lo que sucede desde la primera denuncia hasta el día en que recae sentencia condenatoria" (LARRAURI, E., «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, p. 272).

[437] *Vid.,* entre otras, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *Principio de oportunidad y violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 8 y ss.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «Principio de oportunidad…» cit., pp. 235 y ss.

[438] *Vid.* LARRAURI, E., «Control formal…» cit., p. 94; OLABARRÍA MUÑOZ, E., «Violencia y malos tratos en el ámbito familiar», en: RINCÓN, A. (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género,* Emakunde: Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 211.

justicia retributiva, siendo en este contexto donde la consolidación de la oportunidad deviene imprescindible por la misma flexibilidad que le caracteriza"[439].

Como ya se ha estudiado, el principio de oportunidad permite al Ministerio Fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal o hacerlo sin estar sujeto a términos estrictos (le permite valorar qué es lo más conveniente en cada caso). Es por ello por lo que se entiende que el principio de oportunidad está estrechamente relacionado con las prácticas de justicia restaurativa: porque a través de estas el sistema de justicia puede escuchar a ambas partes y adaptarse a sus necesidades. En esta línea, se ha dicho que cuando el art. 124 de la CE hace referencia a "los derechos de los ciudadanos" hay que entender que engloba tanto el derecho de la víctima a obtener una reparación, como el derecho del victimario a la reinserción social[440]. Las experiencias en numerosos países de nuestro entorno demuestran que la justicia restaurativa no abandona las necesidades de prevención especial, sino que, por el contrario, puede contribuir a reducir la reincidencia[441].

Sin embargo, el legislador ha introducido nuevas cortapisas a la posibilidad de que determinadas víctimas adopten una postura activa en la resolución de su conflicto y a través de la LOVG ha prohibido la mediación penal en supuestos de violencia de género en la pareja[442]. Posteriormente, esta prohibición quedó recogida en el artículo 3 del EV, donde se ha ampliado el número de víctimas que no pueden hacer uso de este derecho, ya

---

[439] LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «Principio de oportunidad…» cit., p. 237. *Vid.* también, a favor de introducir un modelo de justicia restaurativa: DONINI, M., «Il delitto riparato. Un disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio», *Diritto Penale Contemporaneo*, nº. 2, 2015, pp. 237 y ss.

[440] *Ibidem.*

[441] *Vid.*, referencias concretas en: LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «Principio de oportunidad…» cit., p. 252; GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009, pp. 14 y ss. Para IGLESIAS CANLE y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, "La resocialización de estos delincuentes puede también ser un argumento adicional, pero siempre en un segundo plano respecto a la víctima, que puede verse aliviada por un sistema menos agresivo puesto que no olvidemos que el proceso penal supone una victimización adicional para la víctima ante la necesaria realización de los derechos de defensa del investigado y encausado por mucho que se evite la confrontación visual con el agresor" (IGLESIAS CANLE, I. C., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., «Derecho a la libertad sexual y justicia restaurativa a la luz de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Derecho & Proceso*, n.º 3, 2023, p. 24).

[442] El art. 44 LOVG modificó el art. 87 *ter* de la Ley 6/1985 del Poder Judicial, relativo a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, estableciendo que "en todos estos casos está vedada la mediación".

que la LOGILS añadió también a las víctimas de violencia sexual en 2022[443]. La doctrina se encuentra absolutamente dividida en torno a este tema, ya que mientras hay opiniones que están de acuerdo con la prohibición, otras apuestan porque la justicia restaurativa pueda utilizarse en todo tipo de delitos. Si bien no procede en este trabajo llevar a cabo un análisis exhaustivo de esta polémica, expondremos sucintamente los argumentos que se emplean con mayor frecuencia en cada lado del debate, pues, como se verá, algunos de ellos se repiten en la discusión doctrinal sobre la exigencia de denuncia en los delitos de agresión y acoso sexuales *(vid. infra* Capítulo V).

Por un lado, quienes están de acuerdo con limitar esta vía aluden a que uno de los principios básicos de la mediación penal es la igualdad entre las partes, y consideran que en estas situaciones las mujeres se encuentran en una situación de dependencia, sumidas en el "ciclo de la violencia", por lo que fomentar los encuentros entre la víctima y el agresor contribuiría, de algún modo, a perpetuar la situación de maltrato[444]. Además de ello, se alega una posible afectación al principio de legalidad, ya que, al dar prioridad a un acuerdo entre las partes sobre la sanción penal, se estaría *privatizando* el sistema de justicia penal. Además, la justicia restaurativa supondría, según se afirma, volver a los tiempos en los que la violencia de género era vista como un asunto privado y se perdería el potencial simbólico que han alcanzado las políticas institucionales en esta materia[445].

Por su parte, el sector doctrinal que se ha posicionado en contra de esta prohibición argumenta que quienes la defienden confunden la justicia restaurativa con la mediación penal. Esta última es simplemente un método, pero existen otras técnicas de justicia restaurativa (como las conferencias o los círculos) que permiten la participación de la

---

[443] *Vid.* Disposición final duodécima de la LOGILS. Sobre este aspecto de la reforma: IGLESIAS CANLE, I. C., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., «Derecho a la libertad sexual…» cit., pp. 18 y ss.; ROMERO SESEÑA, P., «El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: Reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 30, 2023, pp. 307 y ss.

[444] De esta opinión, entre otras: RENEDO ARENAL, M. A., «¿Mediación penal en violencia de género? No, gracias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23, 2014, pp. 189 y ss.; FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación y su prohibición en violencia de género», en: SIGÜEZA LÓPEZ, J., GARCÍA-ROSTÁN, C. (Dirs), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 273.

[445] *Vid.*, a modo de ejemplo, LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley integral: valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005, p. 7; RENEDO ARENAL, M.A., «¿Mediación penal…» cit., p. 184; FUENTES SORIANO, O., «Sobre la mediación…» cit., p. 225.

víctima y el agresor sin que ambos tengan que encontrarse cara a cara[446]. Además, estos procesos son absolutamente voluntarios, por lo que en ningún caso se obligará a una víctima a que acuda a un encuentro restaurativo si ella no quiere, del mismo modo que no se seguirá adelante salvo que el victimario muestre un deseo genuino de reparar el daño causado.

Aunque dejemos para un momento posterior el debate feminista en torno a la conveniencia de acudir al Derecho penal por su valor simbólico, podemos adelantar en este momento que quienes se muestran a favor de la justicia restaurativa en contextos de violencia de género y sexual aseguran que supone reconocer una mayor capacidad de agencia a las víctimas, pues se defiende que no todas ellas se encuentran sometidas a su agresor y que no debemos caer en estereotipos, sino que conviene llevar a cabo una valoración individualizada de las necesidades concretas de cada víctima[447]. En esta línea, se ha dicho también que la prohibición que recoge el EV supone volver a tratar al universo de las mujeres que sufren violencia como si fuese un "bloque monolítico"[448], cayendo en

[446] Lo cierto es que es el propio Estatuto de la Víctima el que confunde la mediación penal con la justicia restaurativa, pues, aunque en el art. 15 se haga referencia a esta última, su contenido se refiere únicamente a la mediación penal (*vid.* FRANCÉS LECUMBERRI, P., «La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, pp. 8 y ss.). Los círculos restaurativos se consideran una mejor opción para la violencia de género (*vid.* ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *Principio de oportunidad…* pp. 151 y ss.).

[447] "No es lo mismo un episodio puntual que años de vejaciones y sufrimiento, como en todo, también en estos delitos confluyen actos de distinto grado y consideración, y es que no todos los actos susceptibles de tipificarse como violencia de género son producto de una situación de desequilibrio de poder que hace prevalecer una relación de tipo patriarcal, ni en todos los supuestos las víctimas se hallan en una situación de dependencia emocional. De igual forma, no en todos los escenarios la capacidad de decidir de la mujer se halla igualmente afectada, y es que no todas las víctimas son vulnerables e incapaces de defender sus intereses ni todas están preparadas para defenderse y actuar delante de su agresor" (LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «Principio de oportunidad…» cit., p. 253). En definitiva, se considera que es la persona responsable de llevar a cabo el proceso de justicia restaurativa (el facilitador, mediador, etc.) el que debe evaluar la idoneidad del caso y para ello se ha sugerido que, si es necesario, se lleve a cabo algún tipo de pericia (como la emisión de un informe psico-social) que pueda ayudar a tomar esta decisión. *Vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8882, 2016, p. 8; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», *Política Criminal*, vol. 15, n.º 29, 2020, p. 65. También resultan de interés los criterios propuestos por MARTÍNEZ GARCÍA para evaluar la idoneidad de cada caso: MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa», en HURTADO POZO, J. (Dir.), *Género y Derecho Penal, Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Instituto Pacífico, Breña, 2017, pp. 161 y ss.

[448] LARRAURI, E., «Justicia restauradora y violencia doméstica», en: ASÚA BATARRITA, A., GARRO CARRERA, E. (Coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 139.

el denominado "paternalismo penal"[449]. Como advierte VILLACAMPA, "la prohibición legal en España constituye al tiempo una posición inflexible que desoye que no son pocos precisamente los aspectos positivos que se predican de la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa a supuestos de violencia de género. Desde las propias filas del feminismo, opciones alejadas del feminismo radical, integradas en lo que se conoce como feminismo de tercera ola, destacan la posibilidad de que la aplicación de este tipo de mecanismos pueda generar rendimientos positivos"[450].

En contra del argumento sobre la *privatización* de la justicia penal, se ha defendido que esto únicamente sucede si se adopta una visión *diversionaria* de la justica restaurativa. Es decir, si se la contempla como un mecanismo alternativo al sistema penal y no como una herramienta de carácter complementario. En este sentido, ALONSO RIMO ha advertido que cuando se relaciona la justicia restaurativa con el principio de oportunidad se concibe la misma únicamente en clave *diversionaria*, "condicionada por la finalidad de lograr un acuerdo que permita renunciar a la pena"[451]. Sin embargo, debería ser entendida como "una herramienta de diálogo dirigida principalmente a satisfacer las necesidades de reparación integral –en especial, las de carácter emocional y relacional– de las partes en el caso concreto, y como un derecho al alcance de toda la ciudadanía, de cualquier víctima y ofensor, de cualquier delito y en cualquier partido judicial"[452].

Esta toma de posición permite aplicar técnicas de justicia restaurativa en procesos penales por delitos menos graves y graves, sin limitarlas únicamente al enjuiciamiento de los delitos leves (que son, como hemos visto, aquellos en los que rige el principio de oportunidad). Ahora bien, en estos casos, el sistema no podrá renunciar a la pena, sino que, como mucho, podrá conceder un efecto atenuante a la reparación. Es por ello por lo

[449] *Vid.* SERRA SÁNCHEZ, C., «Estrategias feministas contra el paternalismo penal», *Por la Paz. La cultura del castigo: una mirada crítica*, n.º 41, 2023, p. 6.; CORNACCHIA, L., «Paternalism and moral limits of criminal law», en: MASFERRER, A. (Ed.), *Criminal law and morality in the age of consent: interdisciplinary perspectives*, Springer, Suiza, 2020, pp. 231 y ss.

[450] *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia restaurativa…» cit., p. 56, con ulteriores referencias.

[451] ALONSO RIMO, A., *El diálogo como derecho: Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 74 y ss.

[452] *Ibidem.*

que la justicia restaurativa oficial seguirá sin ser la vía más idónea para aquellas víctimas que no deseen pasar por un proceso penal[453].

Ahora bien, según afirma SILVA SÁNCHEZ, "las cosas pueden cambiar cuando concurren la confesión del daño y la plena reparación. Ello, al menos, en el caso de determinados delitos, en los que lo lesionado es un bien fungible (el patrimonio) o que son perseguibles a instancia de parte. […] Tal combinación puede incluso excluir la propia incoación del procedimiento penal"[454]. Este autor añade que en el sistema español el intento de conciliación es una condición de procedibilidad en los delitos de injurias y calumnias (art. 804 LECrim), pero en otros ordenamientos jurídicos, como en el alemán, este se extiende también a otros delitos (descubrimiento y revelación de secretos, allanamiento de morada, amenazas, daños, algunos delitos de lesiones, etc.)[455].

De lo anterior se deduce que las prácticas de justicia restaurativa podrían articularse como mecanismos alternativos de resolución de conflictos en aquellos delitos que exijan la presentación de una denuncia de la víctima. De este modo, se ofrecería a la persona ofendida una vía alternativa a la que acudir si prefiere no iniciar un proceso penal. ALONSO RIMO apunta que, en un plano de *lege ferenda*, quizá no es lo más adecuado canalizar el desarrollo de prácticas restaurativas a través de los requisitos de perseguibilidad, principalmente porque conducen a una configuración *diversionaria* de la justicia restaurativa, que el autor rechaza[456]. Sin embargo, desde planteamientos

---

[453] *Vid.*, en este sentido, ALONSO RIMO, A., «¿No tienen derecho a una reparación integral del daño las víctimas de violencia de género y de delitos sexuales?: prohibición de mediación penal en esas infracciones a la luz de los estándares europeos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 63, 2024, p. 109: "Es verdad que este esquema –que obedece a un modelo de justicia restaurativa integradora, que se enclava en el sistema penal clásico y coadyuva a sus fines preventivos, además de a otros– puede resultar inconveniente para las víctimas de estos delitos que busquen una solución que les permita la reconciliación con su pareja y que quieran evitar a toda costa la activación de un proceso penal formal. Pero si es tal el caso, para ese cometido, la instancia a la que se debe recurrir no es el sistema de justicia penal –que, aun teniendo, según decíamos, que contribuir a que la víctima pueda superar la dimensión emocional del delito, no puede nunca, como también veíamos, renunciar a sus fines y esencia pública–".

[454] SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 124-125.

[455] *Ibidem.*

[456] ALONSO RIMO, A., *El diálogo…* cit., p. 156

feministas abolicionistas del sistema penal, se considera que esta vía puede ser una buena alternativa para las víctimas de violencias sexuales y violencia machista[457].

En relación con los delitos sexuales, en ocasiones no se trata simplemente de que la víctima no desee enfrentarse a la victimización secundaria que genera el sistema, sino que tal vez este no sea la vía más idónea para obtener una reparación, ya que probar estos delitos que se producen en la intimidad no es nada fácil. Esta es una de las razones por las que en ocasiones las víctimas no denuncian y prefieren buscar métodos alternativos a la justicia penal[458]. Por otro lado, como advierten PALI y STEN MADSEN, los entornos de justicia restaurativa pueden resultar más idóneos que el sistema tradicional porque el proceso es privado y confidencial, y las preocupaciones por la privacidad son una de las razones que dan las mujeres para no denunciar las agresiones sexuales. Es decir, dado que la mayoría de las víctimas de agresiones sexuales optan por no tratar con la policía y los tribunales, un programa de este tipo podría ser potencialmente una opción viable para las víctimas de agresión sexual[459].

VI. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS INDIRECTAS Y LA ACUSACIÓN POPULAR

1. Las víctimas indirectas: ¿una laguna legal?

El artículo 109 bis de la LECrim prevé que en caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito pueda ejercer la acción penal su cónyuge o persona a la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad; los hijos que

[457] *Vid.* FRANCÉS LECUMBERRI, P., «A la búsqueda de alternativas en la justicia desde los feminismos», en: SERRA SÁNCHEZ, C., GARAIZÁBAL ELIZALDE, C., MACAYA ANDRÉS, L. (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 65 y ss.

[458] Este es el motivo que empujó a un grupo de feministas antipunitivistas de Valencia a promover un proceso de justicia restaurativa fuera de los canales oficiales. *Vid.* SÁNCHEZ ROCAMORA, J. A., (8 de marzo de 2024) «Grupo de apoyo mutuo del feminismo antipunitivista de Valencia», *El Salto*, Disponible en: https://www.elsaltodiario.com/el-salto-radio/feminismo-antipunitivista-valencia-grup-suport (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[459] PALI, B., STEN MADSEN, K., «Dangerous Liaisons?: A Feminist and Restorative Approach to Sexual Assault», *Temida*, n.º 14, 2011, pp. 54 y ss.

convivieran con ella; sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encuentren bajo su guarda y las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encuentren bajo su acogimiento familiar. En el caso de no existir los anteriores, podrán ejercitar la acción penal los hermanos y los demás parientes en línea recta.

Esta disposición fue introducida por el Estatuto de la Víctima en 2015, el cual recoge en su artículo 2 un concepto amplio de "víctima": por un lado, las *víctimas directas* son aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o perjuicio sobre su propia persona o bienes como consecuencia de la comisión del delito[460], por otro, las *víctimas indirectas* son aquellos familiares que se acaban de enumerar (salvo que, como es lógico, fuesen los responsables de los hechos)[461]. Tanto las víctimas directas como las indirectas pueden participar en el proceso penal como acusadores particulares[462].

Se plantea entonces la incógnita sobre si las víctimas indirectas pueden iniciar el proceso penal respecto de aquellos delitos semipúblicos que la víctima no denunció antes de su fallecimiento o desaparición. En principio, podría pensarse que la exigencia de denuncia se mantiene, pues nada dice el Código penal ni la legislación procesal al respecto. En otras palabras, los delitos semipúblicos únicamente podrían ser perseguidos por sus víctimas directas, pero nunca por las indirectas.

Sin embargo, jurisprudencialmente se ha establecido que en algunos casos la facultad de denunciar en los delitos semipúblicos se transmite al círculo de familiares que quedan afectados con el fallecimiento de la víctima. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo en la STS 717/2020, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4434), en la que se aborda el caso del asesinato de una mujer cometido a manos de su expareja. El agresor fue condenado –además de por el delito de asesinato– por un delito de acoso (art. 172 *ter*) y por un delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.1 y 3).

---

[460] Nótese que el concepto de víctima del EV no coincide plenamente con el concepto jurídico-penal de víctima, pues el sujeto pasivo del delito puede ser también una persona jurídica (incluso el Estado y las colectividades sin personalidad jurídica), pero según el EV solo pueden ser víctimas las personas físicas.

[461] La LECrim no asume, sin embargo, el término "víctima indirecta". *Vid.* DÍAZ CABILE, J. A., «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-04, 2022, p. 11.

[462] *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., pp. 81 y ss.; SALORIO DIAZ, J. M., *Curso de Derecho…* cit., pp. 98 y ss.

Entre los motivos del recurso de casación[463], la defensa alegó que la falta de denuncia de la víctima impedía ejercer la acción penal con respecto a estos delitos semipúblicos. Sin embargo, el TS consideró que este requisito quedó complementado al personarse los padres de la víctima como acusación particular. Según el TS, ello se deriva necesariamente del examen del art. 142.2 CP. Como ya apuntamos, este precepto establece que el homicidio por imprudencia menos grave solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal. En estos casos, resulta obvio que la víctima no podrá presentar la denuncia por sí misma, por lo que, a pesar del tenor literal del precepto, se entiende que están legitimados los familiares de la persona fallecida.

Ahora bien, parece que es necesario que exista algún tipo de conexión entre el delito contra la vida y el delito semipúblico. En este sentido, el TS sostiene en la sentencia citada que las víctimas indirectas pueden ejercitar la acción penal cuando la muerte o la desaparición "haya sido causada directamente por un delito" (art. 2.b EV) y, en el caso concreto, aunque la muerte había sido consecuencia del asesinato, se estimó que los delitos de acoso y de descubrimiento y revelación de secretos precedieron a este, formando parte de la misma "secuencia motivacional del autor, una ruptura no aceptada". En efecto, antes de asesinar a la mujer, el autor la acosó reiteradamente (art. 172 *ter*) y envió a su nueva pareja una fotografía de contenido sexual sobre ella que había obtenido sin su consentimiento (art. 197. 1 y 3).

Así las cosas, puede interpretarse que, en los casos de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, las víctimas indirectas también podrán personarse en la causa y acusar por el delito sexual sin que la exigencia de denuncia del art. 191.1 CP suponga un impedimento para ello[464]. De hecho, así sucede en la práctica, pues es sobradamente conocido el protagonismo que han tenido los familiares de las víctimas en algunos procesos penales por este tipo de delitos. Sin embargo, según la doctrina del TS que se acaba de exponer, parece que no podrán acusar por delitos sexuales que se

[463] *Vid.* Motivos 10º y 11º de la sentencia citada.

[464] En estos casos, además del delito de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª CP), se aplica también el delito de agresión sexual de forma separada. Sobre esta relación concursal, *vid.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2022, pp. 70 y ss.

cometiesen con anterioridad y que no tuvieran relación con la muerte o desaparición de la víctima.

En mi opinión, nos encontramos ante una laguna legal que el legislador debería resolver de una forma más clara, tal y como prevé el artículo 72 del CP argentino, el cual establece que no será necesario que la víctima inste la acción en caso de muerte o lesiones gravísimas. Como expusimos en el Capítulo anterior, en Argentina se interpreta que la muerte o las lesiones han de ser consecuencia del delito sexual para que este último pueda ser perseguido. Asimismo, en el ordenamiento jurídico italiano, la *violenza sessuale* puede perseguirse de oficio "si el hecho está relacionado con otro delito por el que deba practicarse diligencia de oficio" (art. 609 *septies* CPI, apartado 4). Por tanto, la *querela* dejará de ser exigible si el delito sexual está relacionado con un delito contra la vida.

Nuestra legislación debería regular una disposición similar, de manera que los familiares puedan denunciar cuando la víctima haya sido asesinada y el asesinato guarde relación con el delito sexual (esto es lo que en la actualidad admite el TS, pero sería preferible que el legislador lo regulase expresamente). Cuestión diferente es si los familiares pueden denunciar tras la muerte de la víctima los delitos sexuales que ella no quiso denunciar en vida. A mi juicio, esta posibilidad debe descartarse, pues la libertad sexual es un bien jurídico de titularidad eminentemente personal cuya defensa no debería transmitirse a los familiares. Si la víctima prefirió no denunciar, por los motivos que fuera, debería respetarse su decisión. Esta es la interpretación más acorde al fundamento del artículo 191.1 CP, que se estudiará en los Capítulos IV y V.

Sobre este tema, la legislación italiana prevé que el derecho de la víctima a presentar una *querela* se transmite a los familiares tras su muerte. Pero esta regla únicamente se establece respecto de los delitos sexuales y los delitos contra el honor[465]. Según PROVERBIO, esta elección legislativa revela que la ofensa sufrida no queda limitada a la víctima, sino que se extiende a sus parientes y "esta idea de una ofensa que trasciende al individuo constituye el legado de una convicción socio-jurídica totalmente incompatible con las modernas proclamas individuo-personalistas"[466]. De la misma opinión es VIRGILIO, que ha señalado que este régimen particular constituye una

[465] *Vid.* arts. 609 *septies* y 597.3 del CP Italiano.

[466] PROVERBIO, D., «Commento all'art. 609…» cit., pp. 5886 y ss.

excepción al principio general de la intransmisibilidad del derecho a denunciar, lo que supone calificar a los familiares "como titulares de un interés propio, directamente perjudicados por el delito", perpetuando una "concepción patriarcal de la mujer"[467].

Aunque en este punto se ha analizado el papel de las víctimas indirectas, el procedimiento también podría iniciarse a instancia del Ministerio Fiscal tras la ponderación de los legítimos intereses en presencia que exige el art. 191.1 CP. De este modo, esta cláusula sería una vía para que se inicie la acción penal en los casos de víctimas fallecidas, de manera que la laguna legal quedaría subsanada. Esta posibilidad se abordará en el Capítulo IV (IV.2), donde se expone la aplicación práctica del precepto.

2. La acusación popular: especial referencia a su papel en la lucha contra la violencia contra las mujeres

El artículo 101 de la LECrim consagra el principio de publicidad en el ejercicio de la acción penal al señalar que "la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley". Es decir, este precepto habilita a cualquier persona con nacionalidad española para ejercer la acción popular[468]. La LECrim establece que el actor popular solo puede participar en el proceso penal a través de la interposición de una querella (art. 270), la cual puede dar inicio al procedimiento, o bien permitirle personarse en uno ya iniciado[469].

Ahora bien, en los delitos que exigen denuncia de la víctima para su persecución, la posible intervención del acusador popular no ha sido una cuestión pacífica en la

[467] VIRGILIO, M., «Art. 609-septies (Querela di parte)», en: CADOPPI, Alberto (Coord.), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale"*, Cedam, Padova, 1996, pp. 229 y ss.

[468] Derecho consagrado a su vez en el art. 125 de la CE. Esta posibilidad queda limitada a las personas de nacionalidad española *ex* art. 19 de la LOPJ y art. 270 LECrim.

[469] En este sentido, CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…», cit., p. 299. Se han sucedido diversas resoluciones del Tribunal Supremo en torno a la posibilidad de que acusador popular inicie el proceso penal por sí mismo, con independencia de que haya o no acusador público y particular. El TS la limitó a través de la conocida "doctrina Botín", pero posteriormente cambió de postura en el caso Atutxa. *Vid.*, ampliamente, LATORRE LATORRE, V., *Acción popular. Acción colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 82 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 40, 2015, pp. 255 y ss.

doctrina procesal. Según GIMENO SENDRA, el principio de publicidad de la acción penal "tan solo es reclamable ante los delitos públicos, pues, en el caso de los semipúblicos o privados, el art. 104 reserva al ofendido el ejercicio de la acción penal"[470]. En cambio, un importante sector doctrinal considera que, una vez se cumple el requisito de perseguibilidad, no hay motivo para negar la participación de la acusación popular[471].

No es de extrañar que esta cuestión haya suscitado tanta polémica, ya que el fundamento de esta institución tiene difícil encaje con el de los instrumentos de perseguibilidad privada: mientras que a través de la acusación popular se pretende defender los intereses generales de la sociedad[472], en ocasiones esa sociedad se reserva para determinadas infracciones la potestad de perseguirlos y castigarlos. Como señala LATORRE LATORRE, "en este punto se produce una división de la sociedad por la que en determinados delitos la responsabilidad no es de todos sino de algunos (los ofendidos)"[473]. Por ello, se comprende que se prohíba al acusador popular la puesta en marcha del proceso penal en estos casos, pues lo contrario implicaría vaciar de contenido todas aquellas disposiciones que establecen condiciones de procedibilidad[474].

Tampoco parece existir un consenso sobre si la renuncia de la víctima a continuar con el proceso penal debe influir sobre el acusador popular. De un lado, la doctrina mayoritaria entiende que una vez se cumple el requisito de perseguibilidad, el procedimiento debe continuar de oficio, por lo que si la víctima retira la denuncia esto no afectará a las acusaciones personadas (ya sea esta la pública, la popular, o ambas)[475]. Todo

---

[470] GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal…* cit., p. 171. De la misma opinión: CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…», cit., p. 299; FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *Introducción al derecho…* cit., p. 114.

[471] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 216 y ss.; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 174; LATORRE LATORRE, V., *Acción popular…* cit., p. 243; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 86.

[472] *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Las partes…» cit., p. 85: "La justificación de esta figura es la cotitularidad en el orden público que tenemos toda la ciudadanía, una defensa de los intereses sociales, no determinada por un poder público sino por la sociedad; ello tiene todo el sentido cuando se observe que el MF se desvía de alguna forma de la defensa de los intereses generales reales de la sociedad. Pensemos en procesos donde no hay víctima o, habiéndola, ésta no quiere ejercer su acción; la no persecución del delito por fiscalía supondría el archivo de la causa, de ahí que tenga mucho sentido esta figura a la que nos referimos".

[473] LATORRE LATORRE, V., *Acción popular…* cit., pp. 246-247.

[474] *Vid.,* en este sentido, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 174.

[475] *Ibidem*, pp. 225 y ss.; CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…», cit., pp. 310 y ss.

ello, como es obvio, a excepción de lo que ocurre en aquellas infracciones en las que tiene relevancia el perdón del ofendido, pues en estos casos se extingue la responsabilidad criminal y deberá cesar la actuación tanto del Ministerio Público como del acusador popular. En contra de esta postura y a favor de conceder una mayor relevancia a la voluntad de la víctima se ha manifestado LATORRE LATORRE, que entiende que el acusador popular no debería continuar con el proceso al margen de la opinión de la persona ofendida, sino que, en los delitos semipúblicos (al no ser la acción popular un deber, sino un derecho) parece más razonable recabar la autorización de la víctima[476].

La figura de la acusación popular ha permitido que las asociaciones de víctimas participen en los procesos penales. Según ESTRELLA RUIZ, presidenta de la asociación Clara Campoamor, "el papel constitucional que tiene que ejercer el Ministerio Fiscal es la defensa a ultranza de los derechos de las víctimas. Por desgracia, en demasiadas ocasiones ha sido la asociación Clara Campoamor la que se ha visto obligada a desempeñar esa labor. A veces incluso, en contra de esa misma Fiscalía"[477]. Esta asociación ha promovido la acción popular en casos de violaciones y asesinatos de mujeres que han generado un gran impacto social, como el caso Alcásser o el caso del "Violador del ascensor"[478]. No obstante, a partir de la reforma que introdujo el EV en 2015, las asociaciones de víctimas pueden también personarse como acusación particular, siempre que el ejercicio de la acción penal reciba la autorización expresa de la propia víctima (art. 109.3.I bis de la LECrim). Del mismo modo, como ya se ha señalado, esta norma introdujo a los familiares de las víctimas como víctimas indirectas, lo que les permitió la personación como acusadores particulares, pero hasta entonces debían personarse como acusación popular.

Por último, no debe perderse de vista el importante papel que en los últimos años han adquirido las Administraciones Públicas en los procesos penales en materia de violencia de género. Ahora bien, hay que recordar que estos delitos se persiguen de oficio, por lo que su actuación no plantea ningún problema, a diferencia de lo que ocurre con los delitos sexuales. De hecho, la posibilidad de que la Administración ejerza la acción

---

[476] LATORRE LATORRE, V., *Acción popular…* cit., p. 246.

[477] ESTRELLA RUIZ, B., «Prólogo. Artículo 125 de la Constitución Española de 1978», en: LATORRE LATORRE, V., *Acción popular. Acción colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 18.

[478] *Ibidem,* pp. 15 y ss.

popular está reconocida expresamente en el art. 24.2 de la LOVG, que reconoce a la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género la facultad de "intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta ley en colaboración y coordinación con las administraciones con competencias en la materia".

Además de lo dispuesto en esta norma estatal, un gran número de Comunidades Autónomas han legislado a favor de introducir a la Administración autonómica como parte legitimada en los procesos por violencia de género. Aunque la mayor parte de esta normativa parece que limita su intervención a los casos de violencia en la pareja[479], alguna Comunidad Autónoma ha ampliado su alcance a todos "los casos más graves de violencia sexista"[480], por lo que parece que su ámbito de aplicación se amplía a otras formas de violencia contra la mujer fuera de la pareja. No todas las legislaciones autonómicas tienen en cuenta la voluntad de la víctima, ya que no disponen que sea necesaria su autorización[481]. En el caso de víctimas fallecidas, se establece en algunos casos que se recabará el consentimiento de la familia[482].

Esta normativa autonómica cuenta con el apoyo del Tribunal Constitucional[483], sin embargo, un sector de la doctrina considera que la intervención de la Administración Pública puede provocar que se politicen en exceso algunos procesos mediáticos y estima necesaria una reforma procesal que aborde de una manera más clara el ejercicio del derecho a la acusación popular, de manera que se concrete en qué casos las asociaciones

---

[479] Es el caso de la normativa valenciana: El artículo 36 de la Ley del Parlamento de la Comunidad Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, dispone: "Personación de la Administración autonómica en los procedimientos por malos tratos. La Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana".

[480] *Vid.* artículo 16 ter de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista (introducido por La Ley Foral del Parlamento de Navarra 12/2003, de 7 de marzo).

[481] Puede encontrarse una postura crítica al respecto en: PÉREZ TORTOSA, F., *Feminismos…* pp. 228 y ss.

[482] *Vid.* ampliamente, RUZ GUTIÉRREZ, P., JIMÉNEZ MARTÍN, J., «La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 23, 2010, pp. 236 y ss.

[483] Puede consultarse, entre otras, el caso Generalitat Valenciana vs. Audiencia Provincial de Valencia que resolvió el TC a favor de la primera en: STC, Sala 1ª, núm. 311/2006, de 23 de octubre (ECLI:ES:TC:2006:311).

y las administraciones pueden alegar que tienen un "interés legítimo" en la persecución del delito y, al mismo tiempo, que se delimite en qué figuras delictivas es posible su aplicación[484].

VII. CONCLUSIONES

Los requisitos de perseguibilidad son una cuestión que la doctrina tradicionalmente ha considero ajena al Derecho penal. Sin embargo, son muchas las voces que han puesto en duda este planteamiento y los han ubicado dentro de la categoría de la punibilidad. Esta ha sido la postura adoptada por la Fiscalía General del Estado, que ha establecido que las condiciones de procedibilidad tienen una doble naturaleza, material y procesal, por lo que deben aplicarse a las mismas las garantías derivadas del principio de legalidad penal, como la irretroactividad de las normas desfavorables (*dimensión material*). Sin embargo, la denuncia es un requisito susceptible de convalidación posterior, de manera que su ausencia únicamente provocará un sobreseimiento provisional, no quedando afectado el fondo del asunto por la cosa juzgada material (*dimensión procesal*).

El artículo 191.1 CP no es el único que establece una excepción a la regla general de la persecución de oficio en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el Código Penal recoge diversas infracciones que exigen la denuncia de la víctima para su persecución. En estos casos la denuncia deja de ser una obligación para la ciudadanía y se convierte en un derecho de la víctima[485]. Por tanto, el deber del Ministerio Fiscal de iniciar la acción penal queda supeditado en estos delitos a su voluntad. Ahora bien, cuando estos delitos perseguibles solo a instancia de parte tienen lugar en contextos de VGP, el legislador ha entendido que la mejor protección de las víctimas queda garantizada mediante la persecución pública. Esta es la tendencia legislativa de los últimos años, que se evidencia también en la reforma de la dispensa de declarar del artículo 416 LECrim y en la

[484] *Vid.* RUZ GUTIÉRREZ, P., JIMÉNEZ MARTÍN, J., «La acusación popular…» cit., p. 250.

[485] A excepción de lo señalado respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores tras la reforma de 2021.

prohibición expresa de la mediación penal que estableció la LOVG (y que la LOGILS ha extendido a las víctimas de violencia sexual). Existe por tanto un llamativo contraste ente la perseguibilidad pública de los delitos de VGD, y el hecho de que los delitos de agresión y acoso sexual requieran la denuncia de la víctima, sobre todo teniendo en cuenta que cada vez más –la LOGILS es buena prueba de ello– la violencia sexual se considera un supuesto de violencia contra la mujer. Solo en algunos delitos aplicables a situaciones de VGD, como los delitos contra la intimidad (art. 197 *in fine* CP) y los delitos de agresión sexual cometidos dentro de la pareja (art. 180.1.4.ª), parece que el legislador todavía considera adecuado dejar en manos de la víctima la llave para la iniciación del proceso, pues no ha modificado la exigencia de denuncia en estos casos (arts. 201.1 y 191.1 CP, respectivamente).

El art. 191.1 CP constituye una excepción al principio de legalidad procesal, por un lado, porque concede a la víctima el *ius ut procedatur* y, por otro, porque establece que la actuación del Ministerio Fiscal está supeditada a una previa ponderación de los "intereses en presencia". A la hora de interpretar esa referencia a la ponderación de los intereses en juego, pueden servir los criterios que ha formulado la Fiscalía General del Estado sobre cómo deben interpretarse expresiones similares de las que la legislación hace depender del principio de oportunidad en el enjuiciamiento de otros delitos. En concreto, con respecto al artículo 963 de la LECrim, relativo al enjuiciamiento de los delitos leves, se ha establecido que los intereses de la víctima (su reparación y su voluntad de denunciar) forman parte del "interés público relevante" que los fiscales deben valorar. Es decir, se ha afirmado que los intereses de la víctima son también intereses públicos.

En materia de violencia de género en la pareja, los fiscales promueven la acción penal de oficio y, si la mujer no desea declarar contra su agresor, tratan de buscar otras pruebas que permitan alcanzar una condena. Sin embargo, la persecución penal pública puede provocar en ocasiones más problemas que soluciones para las víctimas concretas, por lo que es necesario replantearse si este régimen procesal es el más conveniente. Como ha advertido LARRAURI, este tema ha pasado desapercibido en la doctrina penal debido a que parece que se trata de una cuestión procesal. Sin embargo, el principal problema de la persecución penal de la violencia de género en la pareja tiene que ver precisamente con que se ha optado por la vía punitiva para dar respuesta a todas las víctimas, más allá de cuál sea su voluntad ante el proceso. Como se verá en el Capítulo V, este modo de

proceder ha sido criticado desde los posicionamientos feministas antipunitivistas y, aunque nos centraremos en la violencia sexual, estas críticas se formulan contra el Derecho penal como mecanismo para hacer frente a las violencias machistas en general.

En este Capítulo hemos expuesto las razones por las cuales sería conveniente articular mecanismos de justicia restaurativa en aquellos casos en los que la víctima no desee denunciar a su agresor, tanto en violencia de género, como en violencia sexual. Como veremos en el Capítulo V, muchas de estas razones coinciden con las que se dan a favor de mantener mecanismos de perseguibilidad a instancia de la víctima. En mi opinión, estos últimos pueden ser una vía para articular métodos alternativos al sistema de justicia penal tradicional. Es decir, los requisitos de perseguibilidad podrían servir para canalizar prácticas de justicia restaurativa *diversionaria*.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, sería conveniente que el legislador permitiese a las víctimas de violencia de género y sexual acudir a procesos restaurativos, pues supondría dar respuesta a aquellas víctimas que no deseen someterse a la victimización secundaria que produce el proceso penal. Además, esto haría posible atender aquellas situaciones que por cuestiones de prueba no pueden ser demostradas ante un tribunal. Por otro lado, es necesario que se regule de una forma más clara qué papel deben cumplir otras partes en la persecución y el castigo de los delitos semipúblicos, pues en la actualidad la participación de las víctimas indirectas y de la acusación popular sigue siendo una cuestión controvertida que ha debido ser resuelta jurisprudencialmente ante las lagunas legales existentes.

CAPÍTULO TERCERO. LA PERSECUCIÓN A INSTANCIA DE PARTE EN LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos sexuales se han considerado tradicionalmente una cuestión que debía permanecer oculta y ser resuelta entre las partes implicadas y sus familias. Sin acudir, por tanto, a los mecanismos formales de control penal. Como ha estudiado TOMÁS Y VALIENTE, durante el Antiguo Régimen eran frecuentes los duelos y los desafíos y, aunque el delito de violación estaba legalmente previsto, "casi nunca se acudía a las instituciones judiciales para denunciar el delito"[486]. En el mismo sentido, VIGARELLO ha apuntado que el número de denuncias era ínfimo, de manera que la violencia sexual se caracterizaba por la gran escasez de procesos[487].

La violación suponía, como refiere RODRÍGUEZ ORTIZ, "un profundo atentado contra el honor de la mujer y, sobre todo, de los hombres con ella emparentados"[488]. Como se verá en las páginas que siguen, esta idea patriarcal quedará reflejada en la perseguibilidad de estos delitos a lo largo de toda la codificación española, que mediante la exigencia de denuncia o querella trataba de proteger "la paz de las familias" y el honor de las víctimas frente a posibles intromisiones del *ius puniendi*. Por el mismo motivo, el perdón mediante matrimonio era causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues se entendía que, de algún modo, el casamiento "borraba" el ataque a la honestidad, eliminando "la marca" que el delito dejaba sobre las víctimas y su reputación.

---

[486] TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 46.

[487] VIGARELLO, G., *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1999, p. 47.

[488] RODRÍGUEZ ORTIZ, V., *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (Siglos XVI-XVIII)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2003, p. 43., que además añade un importante matiz, pues la valoración no era la misma en todas las clases sociales. Como indica esta autora, "las clases sociales más desfavorecidas otorgaban menos importancia a la castidad y el honor familiar. A su vez, las clases dominantes no consideraban reprochable mantener relaciones sexuales, aunque fuese por la fuerza, con personas que pertenecían al grupo de los dominados, incluso éstos las aceptaban como algo inevitable, que había que silenciar".

II. CÓDIGO PENAL DE 1822: UN REFLEJO DE LA SOCIEDAD DE LA ÉPOCA

El primer Código Penal español constituye el punto de partida necesario para emprender un recorrido histórico sobre el papel de las víctimas de delitos sexuales en el proceso penal. A comienzos del siglo XIX, Europa se encontraba en un momento de revolución social y política, donde los liberales revindicaban que los derechos de los ciudadanos debían ser fijos e inalterables, lo cual, en España, tuvo como resultado la aprobación de la primera Constitución en 1812. Junto a ella, era necesario un Código Penal que regulara de forma taxativa qué conductas eran constitutivas de delito y qué penas podían acarrear, de manera que los principios ilustrados quedasen introducidos en la legislación penal[489].

No obstante, a pesar de recoger contenidos liberales y personalistas, el Código Penal de 1822 continuaba reflejando una España rural muy marcada por el catolicismo[490], lo cual no se debe perder de vista si se pretende llevar a cabo un análisis histórico con perspectiva de género, ya que la materia que nos ocupa estaba fuertemente influenciada por las creencias de la época alrededor de la sexualidad, así como por los comportamientos que moralmente eran considerados adecuados para hombres y mujeres[491]. Por ello, a pesar de que en el siglo XIX se produjo un gran avance para los

[489] Sobre el contexto social y político de la época, *vid.* LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española*, vol. I, Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pp. 33 y ss.; SILVA FORNÉ, D., «La codificación penal y el surgimiento del Estado Liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2001, pp. 233 y ss.; CALLEJO HERNANZ, G., MARTÍNEZ PATÓN, V. (Coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022, pp. 19 y ss.

[490] Así lo apuntan BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, vol. I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 15.

[491] Como acertadamente señala GARCÍA ALBERO, "Nuestros Códigos Penales –lo mismo que en todos los países– han reflejado históricamente, sin complejos ni cinismo, una escala de valores definidos y protegidos por y desde los intereses del género masculino; género entendido como organización social de la diferencia sexual basada en la jeraquía, la dominación, la subordinación y la posesión del género femenino" (GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones», en: VIVAS LARRUY, A. (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, p. 463). En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, pp. 21 y ss.; BOIX REIG, J., «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en: LATORRE LATORRE, Virgilio (coord.), *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 12 y ss.

derechos de *los ciudadanos*, no fue así para los de *las ciudadanas*, que seguían siendo consideradas seres dependientes y subordinados a los hombres, como queda plasmado en los textos legales y doctrinales de la época[492].

El estudio de la regulación de lo que hoy conocemos como delitos contra la libertad sexual confirma este aserto. Ahora bien, el Código de 1822 presentaba una particularidad con respecto a los Códigos posteriores: mientras que todos ellos contemplaban bajo un mismo Título los llamados "delitos contra la honestidad", en este texto legal los mismos aparecían divididos: algunos regulados como "delitos contra las buenas costumbres" en la Parte primera relativa a "los delitos contra la sociedad" y otros como "delitos contra las personas" en la Parte segunda correspondiente a los "delitos contra los particulares". Así, por ejemplo, mientras que la promoción o fomento de la prostitución se consideraba un delito contra la sociedad (junto con otros delitos como la bigamia o los matrimonios clandestinos), lo que hoy denominamos agresión sexual se ubicaba entre los delitos contra las personas dentro de los delitos de "rapto" y "estupro". En efecto, otra particularidad muy acusada de este texto punitivo es que no contemplaba expresamente el delito de violación[493] ni el de "abusos deshonestos". Este último era el cajón de sastre en el que se recogían las agresiones sexuales que no cumplieran los requisitos previstos para la violación. Ambas figuras fueron tipificadas como tales a partir del CP de 1848[494].

El delito de rapto quedaba regulado en el Capítulo IV ("De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas") y el mismo consistía en detener ilegalmente a una persona con la finalidad de mantener relaciones sexuales con ella o hacerle algún daño. Así, el artículo 664 del Código Penal señalaba que "es raptor el que, para abusar de otra persona, o para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien

---

[492] *Vid.*, ampliamente, RICOY CASAS, R. M., «Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz (1812)», *Revista de Derecho Político*, n.º 82, 2011, pp. 457 y ss.; PÉREZ JARABA, M. D., «Familia y Mujer en la Constitución de 1812», en: CAMOCHO CANTUDO, M. A., LOZANO MIRALLERES, J. (Coords.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012, pp. 255 y ss.

[493] GONZÁLEZ RUS apunta que "así es porque históricamente, desde los mismos romanos, violación y rapto aparecen confundidos en una misma figura" (GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1982, p. 170).

[494] Por tanto, aunque el legislador de 1822 empleaba la expresión "abusar" y "abusar deshonestamente", este término debe interpretarse como sinónimo de "yacimiento", "relación sexual" o "acceso carnal". *Vid.* CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 3.

con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima, o suponiendo una orden de esta". Como puede apreciarse, el tipo no exigía que el sujeto pasivo fuera mujer ni que se produjese un acceso carnal (ni siquiera era necesario que la intención del rapto fuera sexual en todo caso), lo cual llama la atención teniendo en cuenta que estos fueron dos de los elementos definitorios del delito de violación a partir del Código Penal de 1848 (y así perduró hasta 1989)[495].

A continuación, el artículo 665 establecía una rebaja de la pena para aquellos que raptasen a la víctima mediante "cualquier otro engaño, pero sin violencia o amenazas" (castigando dicha conducta con dos a seis años de obras públicas, en lugar de cinco a nueve). Ahora bien, con independencia el medio empleado, si el acto de naturaleza sexual se consumaba, el artículo 666 castigaba al reo con "ocho años más de obras públicas, y destierro perpetuo del pueblo en que habite dicha persona y veinte leguas en contorno" y, finalmente, recogía una cláusula concursal: "si además de robar la maltratare de obra, o cometiere contra ella otro delito, sufrirá también la pena respectiva al que cometa".

Por esto motivo, las agresiones sexuales consumadas encontraban cabida, por un lado, dentro de un tipo agravado (art. 666), pues el tipo básico del rapto (art. 664) simplemente consistía en una detención ilegal con un ánimo específico. Ahora bien, por otro lado, los ataques sexuales también se castigaban aun cuando no se produjera previamente la privación de libertad, pues el art. 668 añadía expresamente que debía castigarse con la misma pena del raptor y ocho años más de obras públicas a quien "sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona, y forzándola con igual violencia o amenazas, o intimidándola de manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella". Si finalmente se consumaba el abuso, a esta pena se sumaba la de destierro.

[495] Cabe añadir que el precepto establecía a continuación que también se consideraría raptor a quien "roba niño o niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de ellos o causarles algún daño". Además de ello, los abusos contra niños y niñas que no hubieran alcanzado la edad de la pubertad se castigaban de forma independiente en los artículos 671 y ss., con penas de hasta 30 años de obras públicas. *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, Esteban-Hermanos Impresiones, Salamanca, 1893, p. 82; SÁNCHEZ TEJERINA, I., «El delito de rapto en el Código penal español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 144, 1924, p. 552.

Si se prosigue con la lectura de esta compleja regulación, nos encontramos con que el art. 669 establecía otro tipo agravado, aplicable a todas las figuras mencionadas, en el caso de que "fuere casada la mujer con quien se cometa la fuerza". Debido a que el tipo penal no exigía que el sujeto pasivo fuese una mujer, llama la atención que en este punto se haga referencia a "la mujer con quien se cometa la fuerza". Además, la mujer como sujeto pasivo vuelve a aparecer a continuación en un tipo atenuado en el caso de que la víctima fuese "mujer pública, conocida como tal" (art. 670)[496]. Es decir, si esta ejercía la prostitución, la pena se reducía a la mitad, pues se entendía que las trabajadoras sexuales no merecían la misma protección que las demás mujeres[497].

Esto último evidencia, aunque el Código todavía no lo reconociera expresamente, que la honestidad era el bien jurídico que se protegía en estos delitos[498]. Por ello se entendía que el ataque sexual a una mujer "deshonesta" merecía menos castigo y que el cometido contra una mujer casada ("pura" y "honesta") debía ser gravemente castigado[499]. En este último caso, la duración de la pena de destierro se hacía depender del tiempo que viviese el marido, de manera que en este caso la honestidad no era simplemente un interés general que preservar en la comunidad, sino que se entendía como un ataque individual al honor del hombre-propietario[500]. Es por ello por lo que se hablaba

---

[496] Resalta también esta cuestión QUESADA MORILLAS, Y., «El delito de rapto en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, 2009, p. 137.

[497] *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870…* cit., p. 82: "Los atentados o abusos deshonestos contra las meretrices, no son medidos en este Código con el mismo rasero que los que se realizan contra mujeres de buena reputación; las penas que se aplican a los culpables de aquella clase de excesos, son siempre más mitigadas cuando el sujeto pasivo del delito resulta haber sido una mujer pública".

[498] *Vid.* SERRANO ESTEBAN, A. I., «La mujer en el Código Penal de 1822», en: CALLEJO HERNANZ, Gregorio, MARTÍNEZ PATÓN, V. (Coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022, p. 177.

[499] La honestidad de la mujer también aparece en otros momentos del Código penal en relación con delitos perpetrados por mujeres. Así, por ejemplo, en el homicidio y el aborto honoris causa (arts. 612 y 640, respectivamente), se reducían las penas si la autora era una mujer "no corrompida y de buena fama anterior". Las que cumplieran con esta condición, podían evitar la pena de muerte si asesinaban a su hijo en las veinticuatro horas siguientes al nacimiento con el fin de "ocultar su fragilidad". De igual forma, el art. 364 impedía a los médicos desvelar el nombre de las mujeres que dieran a luz a un niño muerto naturalmente, por la lesión a su honor que podía suponer. Como afirma SERRANO, este tipo de disposiciones desvelaban una clara actitud paternalista del legislador hacia las mujeres. *Ibidem*, p. 176.

[500] Como afirma FARALDO, se trataba de una "configuración de la violación como un delito que regula las relaciones entre hombres, entre el violador y el marido de la víctima, y no tanto entre mujeres y hombres". *Vid.* FARALDO CABANA, P., «Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en: FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.), *La*

de "robar" a una mujer casada, como así se establecía, por ejemplo, en el artículo 674, donde el consentimiento de la víctima no implicaba la atipicidad de la conducta[501].

Esta idea de que el hombre era el principal afectado se evidencia todavía más si acudimos al artículo 619 del CP de 1822, que rebaja considerablemente la pena de homicidio para el marido que descubriera a su mujer con un amante. También se toleraba, en este mismo precepto, que los padres y los abuelos atentaran contra la vida de sus hijas y nietas por este motivo, lo que demuestra todavía más que en el siglo XIX la mujer era considerada una propiedad del hombre de la que el mismo podía disponer, y se legitimaban las agresiones machistas, de manera que en estos casos el derecho al honor de los hombres prevalecía sobre el derecho a la vida de las mujeres[502].

Pues bien, una vez expuesta la regulación sobre el rapto, conviene detenerse en la que se establecía para el delito de estupro, pues es una de las figuras delictivas en las que se han manifestado en mayor medida mecanismos de perseguibilidad privada a lo largo de toda la codificación española[503]. El estupro se regulaba junto al adulterio en el Capítulo V "Del adulterio y del estupro alevoso", castigando con la pena de cuatro a ocho años de obras públicas a quien "abuse deshonestamente de una muger casada o desposada, haciéndole creer sinceramente, por medio de algún engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o su esposo legítimo"[504]. En este caso, la connivencia de la mujer con

Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 34.

[501] "El que para abusar de una muger casada la robare a su marido, consintiéndolo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años, sin perjuicio de que ambos sufran además la pena de adulterio si el marido los acusase". Sin embargo, si acudimos al artículo 675 relativo al consentimiento en los menores, sí que se otorgaba al mismo cierta relevancia para atenuar las penas, con lo cual, parece que aquello que determinaba la anulación de la capacidad de decisión de las mujeres era el matrimonio. A esto cabe añadir que, si el autor era menor de veintiún años soltero o viudo y robaba a una mujer soltera o viuda menor de dieciséis, consintiéndolo ella, y contraía matrimonio legítimo con la robada, se eximía de pena. Esta misma conducta, sin contraer matrimonio, se castigaba con penas de reclusión de uno a cuatro años, con dos más de destierro, lo cual demuestra de nuevo que lo relevante no era el consentimiento de la mujer, sino si las intenciones del hombre se consideraban o no "honestas".

[502] Como ha señalado ACALE SÁNCHEZ, el objetivo "no era otro que la protección de la honra mancillada del marido, afectada por la "mala reputación" de su esposa" (ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de la violencia sexual…» cit., p. 72).

[503] Sobre la evolución histórica del delito de estupro, *vid.* BOIX REIG, J., *El delito de estupro fraudulento*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, pp. 24 y ss.

[504] Como afirma ACALE, este precepto evidencia la concepción que el legislador tenía de las mujeres: "Estos modelos de protección de la mujer lo único que hacían era reproducir los patrones de comportamiento atribuidos socialmente (según cada momento histórico) a las mujeres y a los hombres. A ellas les acompañaban los calificativos de inocentes". *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer…* cit., p. 22.

el reo sí que suponía la atipicidad del estupro, castigándose entonces como un simple adulterio (art. 686 CP)[505]. De la misma forma se castigaba a quien privase de razón a la víctima mediante "licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella esté sin sentido por un accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia" (art. 687 CP). De nuevo, observamos que las mujeres casadas obtenían una mayor protección penal, porque en el estupro del art. 686 la mujer no casada o desposada no podía ser sujeto pasivo, y porque en el supuesto de víctima privada de sentido del art. 687, aunque también se castigaba si la mujer era soltera o viuda, la pena ya no era de obras públicas, sino de reclusión y destierro. Sin embargo, se exigía para su castigo que la misma no fuese "mujer pública, conocida como tal". Es decir, conductas como la sumisión química no eran típicas si la víctima se dedicaba a la prostitución[506].

Por lo que se refiere a la perseguibilidad de los delitos sexuales en 1822, aunque la regla general era la persecución de oficio, en ciertos tipos de estupro se otorgaba una gran relevancia a la voluntad de la parte ofendida sobre el inicio del proceso penal. Así, en el tipo básico se establecía que *"este delito no podrá ser acusado sino por la misma muger, o por su esposo o marido, y por la muerte de una y otros por los herederos de cualquiera de ellos"* (art. 686). En el segundo supuesto, relativo a víctimas en situación de indefensión (art. 687), la mujer y su marido (no ya los herederos) tenían la llave de la acusación, sin embargo, si en este caso la mujer era soltera o viuda, se procedía de oficio,

[505] Puede consultarse la regulación del delito de adulterio en los artículos 683 y ss. del Código Penal de 1822, que permitían castigar a la mujer adúltera con penas de prisión de hasta diez años. Sin embargo, si el marido era el que tenía otra mujer fuera del matrimonio, la esposa solamente podía denunciarlo en el caso de que la manceba se encontrara dentro de la casa y, en estos casos, el castigo para los hombres por la infidelidad era simplemente el de arresto de dos a ocho meses (art. 685 CP 1822). Esta diferencia penológica se justificaba en que la infidelidad de la mujer se consideraba mucho más grave debido a que la misma podía quedarse embarazada, con el consiguiente escándalo y alteración del orden de sucesión. *Vid.* AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal de España, escritas con arreglo al nuevo Código*, Establecimiento Tipográfico de D. Ramon Rodríguez de Rivera, Madrid, 1849, pp. 242 y ss.; VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*, t. I, Establecimiento Tipográfico de J. Gonzáles y A. Vicente, Madrid, 1848, pp. 391 y ss.

[506] Cabe mencionar, por otra parte, el artículo 688, que castigaba a quien simulase casarse con una mujer soltera con el fin de abusar deshonestamente de ella. En estos casos, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto de privación de sentido, también se concebía que la engañada pudiera ser una mujer pública, pero en este caso la pena máxima de obras públicas que se podía imponer quedaba reducida a la mitad. Sin embargo, en el artículo siguiente, relativo a que el engaño consistiera en que el hombre estuviera ya casado con otra mujer, de nuevo se exigía que la mujer no fuera "ramera conocida como tal" para su persecución (art. 689).

pues el Código no establecía ninguna regla de procedibilidad. Y puesto que tampoco la establecía para el delito de rapto, se puede considerar que este era un delito público[507].

En definitiva, en ausencia de excepción expresa, los delitos se configuraban como delitos públicos perseguibles de oficio. Si bien es cierto que todos los Códigos Penales han mantenido este sistema, una particularidad del texto de 1822 es que clasificaba los delitos en "públicos" y "privados"[508]. En los primeros se procedía de oficio en su averiguación, persecución y castigo, de manera que la falta de acusación no impedía actuar a las autoridades (art. 134). Por el contrario, en los segundos, se exigía la acusación de las personas particulares agraviadas o perjudicadas (art. 137). El texto legal recogía detalladamente en su artículo 135 todos aquellos delitos que se consideraba públicos (prácticamente la mayoría) y excluía expresamente "los casos esceptuados en el capítulo de adulterios y estupros". Es decir, el adulterio y algunos estupros (aquellos cuya investigación penal dependía de la víctima y de su marido) eran considerados en el Código penal de 1822 como delitos "privados".

En este sentido, resulta muy interesante acudir a los debates parlamentarios que tuvieron lugar con anterioridad a la aprobación del Código penal, para entender cuál era la voluntad del legislador al excluir estos delitos del ámbito de persecución pública. En general, se entendía que todos los delitos provocaban un daño a la sociedad y se trataba de fomentar que los ciudadanos denunciaran incluso aquellos delitos que no les afectasen directamente. Sin embargo, en los delitos privados como el adulterio y los estupros cometidos contra mujeres casadas, se entendía que el objeto principal de la pena era "satisfacer al marido"[509], por lo que la perseguibilidad privada quedaba justificada. Se entendía que era el hombre el que debía velar por la tranquilidad y el orden de la familia.

Por lo que hace al perdón, el legislador de 1822 lo permitía en los delitos privados. Aunque no estaba regulado expresamente, estoy de acuerdo con ALONSO RIMO cuando afirma que un análisis detallado de su articulado y de la doctrina de la época permiten

---

[507] Como señala ALONSO RIMO, solo se consideraban privados algunos estupros. *Vid.* ALONSO RIMO, A., «Implicaciones de la perseguibilidad privada y del perdón en la esfera de los delitos contra la libertad sexual», en: LATORRE LATORRE, V. (Coord.), *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 262.

[508] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema…* cit., p. 151.

[509] *Vid. Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes estraordinarias de 1821*, Discusión del Proyecto de Código Penal, Imprenta Nacional, 1821, p. 400.

concluir que el perdón sí que tenía cabida[510]. Como indica este autor, el art. 134 *in fine* establecía que *"la falta de acusación, o su desamparo por el acusador, o el desistimiento de este"* no impedían que las autoridades actuasen de oficio en la persecución de los delitos públicos. Por tanto, si realizamos una interpretación a contrario, en los delitos privados sí que era posible este desistimiento por parte de la acusación, lo que, en la práctica, supondría la finalización del procedimiento en los delitos de adulterio y de los estupros contra mujeres casadas. Además de ello, cabe añadir que el artículo 430 castigaba a quien celebrase "algún concierto con el acusado por precio o cosa equivalente" en los procesos por delitos públicos. Por tanto, como acertadamente razona ALONSO RIMO, el Código no impedía que este tipo de acuerdos entre las partes pudiesen producirse en los delitos privados, de manera que, aceptándose el perdón por precio, nada impide aceptar el perdón gratuito en los delitos de acción privada[511]. Esto nos lleva a deducir, por otra parte, que la posibilidad de perdonar al ofensor quedaba excluida en los demás tipos de estupro y en el delito de rapto, que como hemos señalado eran delitos públicos.

III. CÓDIGO PENAL DE 1848: AVANCES Y CONTINUIDADES

El Código de 1822 tuvo una vigencia muy corta, hasta el punto de que algunos autores han llegado a cuestionar su verdadera aplicación[512]. En 1823, la vuelta al absolutismo implicó su derogación y el restablecimiento del ordenamiento jurídico del Antiguo Régimen. Si bien posteriormente se formularon diversos proyectos[513], hubo que

---

[510] "No hay duda de que el perdón de la víctima jugó un papel relevante en la vida jurídica inmediatamente anterior a la promulgación de nuestro primer CP, y es por ello que no deja de llamar la atención que el legislador de 1822 no pase a regular de una forma más transparente y concreta dicha institución". *Vid.* ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento Jurídico-Penal Español: Evolución Legislativa y su Análisis Dogmático*, Valencia, 1994, p. 19. Sobre cómo se desarrollaba en la práctica el perdón en los delitos sexuales *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)», *Anuario de historia del derecho español*, n.º 31, 1961, pp. 60 y ss.

[511] ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., p. 14.

[512] *Vid.* ALONSO y ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 12, 1946, p. 10; CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fasc. II, 1979, pp. 920 y ss.

[513] Se formularon diferentes proyectos en 1830, 1831 y 1834. *Vid.* ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., pp. 33 y ss.

esperar hasta 1848 para que un nuevo Código Penal viese la luz. Aunque este ha sido muy bien valorado por la doctrina, y se considera la base del Código actual, debe tenerse en cuenta que fue aprobado en la década moderada que tuvo lugar entre 1844 y 1854, por lo que el mismo se caracterizó por su severidad e incorporó ciertas tradiciones provenientes del Fuero y las Partidas[514].

Por primera vez el Código Penal empleó la denominación "Delitos contra la honestidad" (Título X) y reguló conjuntamente todos los delitos sexuales. Como ya se ha apuntado, otra diferencia con la regulación de 1822 es que en 1848 el delito de violación se tipificó expresamente (con independencia de los delitos de rapto y estupro). Así, en el Capítulo II se establecía que *"la violación de una mujer será castigada con pena de cadena temporal"* y se concretaba que la conducta típica consiste en "yacer" con una mujer en una de las siguientes circunstancias: a) mediante el uso de fuerza o intimidación; b) cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido; c) cuando la misma sea menor de 12 años, aunque no concurran las circunstancias anteriores (art. 354 CP 1848). Es esta la definición del delito que, salvo pequeñas variaciones, seguirá el legislador penal hasta finales del siglo XX.

Por tanto, para que una conducta constituyese violación, era necesario que el sujeto activo fuese un hombre y el sujeto pasivo una mujer y, además de ello, se exigía que se produjera un acceso carnal por vía vaginal. Cuando no concurría alguno de estos requisitos, la conducta se castigaba como un abuso deshonesto a través del artículo 355, donde se concretaba que la víctima podía ser una persona *"de uno u otro sexo"*. Este hecho, sin embargo, era considerado menos grave, pues mientras que la violación se castigaba con la pena de cadena temporal, los abusos eran castigados *"según la gravedad del hecho con la pena de prisión menor a la correccional"*.

Por otra parte, la regulación del delito de estupro también cambió radicalmente con respecto a la del Código de 1822. Así, en el artículo 356 (Capítulo III: Del estupro y corrupción de menores), se castigaba con prisión menor el estupro con *"doncella mayor*

[514] "La doctrina lo ha calificado de liberal moderado, liberal en cuanto que acababa con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, pero moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos como los delitos contra la religión católica o contra el Estado, al igual que en la vigencia de algunas penas como la de argolla y en el rigorismo en la regulación del modo de ejecutar la pena de muerte" (BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles*… cit., p. 194).

de doce años y menor de 23, cometido por autoridad pública sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro ó encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada". Con la misma pena quedaba prohibido el incesto, pues se castigaba a quien "*cometiere estupro con su hermana ó descendiente, aunque sea mayor de 23 años".* En tercer lugar, se contemplaba el "*estupro cometido por cualquier otra persona interviniendo engaño",* castigando el mismo con la pena de cadena temporal.

Se aprecian numerosas diferencias con respecto a la regulación anterior. En primer lugar, un cambio fundamental es que los casos de privación de sentido pasaron a ser considerados violación. En segundo lugar, en el Código penal de 1822 los sujetos pasivos en el estupro eran distintos: debían ser mujeres casadas o, en el caso de ser solteras o viudas, se exigía que no fueran mujeres "públicas". Sin embargo, en 1848 el tipo básico de estupro hacía referencia a mantener una relación sexual con una joven mayor de 12 años y menor de 23, prevaliéndose de una situación de superioridad. La edad de la víctima no era relevante en el caso del incesto, y tampoco se hacía referencia a esta en el tercer párrafo, por lo que el estupro también podía cometerse contra una mujer mayor de 23 años si mediaba engaño[515]. Es importante en este punto señalar que la edad de 23 años constituyó la mayoría de edad sexual para las mujeres hasta muy avanzado el siglo XX[516].

En tercer lugar, aunque la violación ya no formaba parte del rapto, este delito continuó ostentando plena vigencia hasta 1995. En el Código de 1848 quedaba regulado

[515] Se entendía que la promesa de matrimonio era un medio de engaño. En este sentido, la doctrina afirmaba que "la promesa de casamiento dada a una doncella púdica y crédula para su corta edad, constituye naturalmente una especie particular de engaño". Por ello, se consideraba que no debían ser castigados aquellos casos en los que la doncella "se brinde y ofrezca al estuprador, sin esperanza próxima ni remota de matrimonio" (DE CASTRO Y OROZCO, J., ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, Granada, 1848, p. 326). En definitiva, como afirma BOIX, "la mayor parte de supuestos enjuiciados se centraban en casos de promesa matrimonial incumplida […], lo que lleva a hacer pensar en que estábamos ante una concepción matromonialista del sexo, o mejor ante normas penales promotoras de la misma" (BOIX REIG, J., «De la protección de la moral…» cit., p. 14).

[516] Así lo apuntan ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., DEL MOLINO ROMERA, M., «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en: BRAVO BOSCH, M. J. (Dir.), *Feminización y justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 230. Estos autores llaman la atención sobre que no hubiese límite de edad en los supuestos de incesto y de engaño, pero sí en el de superioridad: "Es decir, se considera que las posibilidades de viciar el consentimiento en los casos de superioridad finiquitaban con los 23 años, pero sin embargo se mantenían sin límites cronológicos en el engaño". Asimismo, añaden: "En realidad, entendemos, que no se trataba tanto de que las "doncellas" fueran capaces de oponerse a la autoridad, sacerdotes, etc., con la edad de 23 años, sino que a esa edad ya eran plenamente conscientes de su necesidad de anteponer la "virtud" por encima de cualquiera otra consideración, debiendo estar dispuestas al máximo sacrificio con tal de no entregar su virginidad (¡cuánto daño ha hecho la iglesia católica en España!)".

en el Capítulo IV, que disponía que "El rapto de una muger ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con la pena de cadena temporal. En todo caso se impondrá la misma pena si la robada fuere menor de 12 años" (art. 358). Como puede apreciarse, no se exigía ya que la finalidad fuese "abusar" de la persona, sino que se requerían "miras deshonestas"[517]. Por último, resulta destacable que ya no se distinguieran las penas en función de la condición de la mujer (casada o no, "pública" o no, etc.), de manera que, al menos sobre el papel, ya no se graduaba la gravedad del delito a partir de la "honestidad" de la víctima, lo cual debe valorarse como un avance positivo del Código Penal de 1848[518].

Podemos constatar que el cambio radical que sufrió la regulación de los delitos sexuales también afectó a su régimen de perseguibilidad. Para su análisis debemos acudir al Capítulo V ("Disposiciones comunes a los tres capítulos precedentes"), donde el artículo 361 establecía que:

> "Los reos de violación, estupro o rapto ejecutado con miras deshonestas, no podrán ser penados sino a instancia de la parte agraviada. El ofensor quedará relevado de la pena impuesta, casándose con la ofendida".

Se aprecia también aquí una novedad relevante con respecto al Código de 1822, pues mientras que en este únicamente se consideraban privados el adulterio y algunos estupros, aquí la necesidad de querella se extendía a la violación, al rapto y a todas las modalidades de estupro. Hasta entonces, los delitos de rapto y los de estupro contra mujeres no casadas habían sido delitos públicos, por lo que no se exigía acusación formal, sino que bastaba una queja verbal o por escrito y, aunque la víctima no presentase

---

[517] Podemos entender las "miras deshonestas" como la voluntad de realizar conductas de carácter sexual con la mujer "robada", pero, si la intención del raptor era casarse con ella, la doctrina entendía que en este caso las miras eran "honestas". *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Capítulo XXVI: Delitos contra la honestidad», en: ANTON ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. (Dirs.), *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949, pp. 270 y ss.; CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español, Libro primero*, Bosch, Barcelona,1929, pp. 538 y ss.

[518] Algunos autores, sin embargo, lamentaron esta indiferenciación. En este sentido, por ejemplo, PACHECO afirmó que "La violación puede hacerse en una mujer casada, en una mujer soltera o viuda, en una doncella, en una mujer pública. ¿No debería haber alguna diferencia en los castigos, según los intereses, los derechos, los respetos que se hirieran? Conservando la cadena temporal para los casos más graves, sí parecía oportuno usar de todo este rigor ¿no sería conveniente descender a las penas de presidio para algunos casos, y sobre todo para el último que hemos propuesto? ¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos a una prostituta que a una virgen, a la que vive con completa holgura que a la que educa sus hijos en el hogar doméstico?" (PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, t. III, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, p. 127).

acusación formal (o, una vez presentada, desistiera de la misma), esto no impedía a las autoridades investigar el delito de oficio. Sin embargo, con la nueva regulación, estos delitos pasaban a ser "absolutamente privados", de manera que no podía existir procedimiento sin acusación[519]. Por tanto, la expresión "a instancia de" debe interpretarse como sinónima de "por querella", como así lo interpretaba la doctrina[520].

Por otra parte, llama especialmente la atención que los abusos deshonestos del art. 355 queden excluidos de este particular régimen de perseguibilidad, pues el artículo 361 no mencionaba los mismos, por lo que podemos afirmar que las agresiones sexuales se perseguían de oficio cuando no se producía un acceso carnal y cuando el sujeto pasivo no era una mujer[521]. Aunque, con carácter general, esta diferencia de trato no parece llamar la atención de la doctrina de la época, observamos que AURIOLES MONTERO sí que hace una breve mención a esta cuestión. Según este autor "en todos estos delitos ha preferido la ley la impunidad al escándalo, y por eso dispone que no pueda en ellos procederse de oficio". Sin embargo, más tarde añade que "el mismo deseo de evitar el escándalo habrá sido la causa de que la ley no haya designado con sus nombres propios algunos delitos, que como abusos deshonestos se comprenden indudablemente en sus disposiciones, y la causa también de que no haya comprendido en ellas algunos otros que pasan también en la oscuridad, y que por lo mismo ha creído más dañoso dejarlos impunes que divulgarlos"[522]. De lo anterior puede deducirse, a mi juicio, que la persecución de oficio era en realidad una no-persecución en esta época pues, al no establecerse quiénes eran las personas legitimadas para denunciar, el legislador no "animaba" a nadie a denunciar y, de este modo, se permitía que los abusos entre personas del mismo sexo (o cometidos por una mujer sobre un hombre) quedasen en la clandestinidad.

La doctrina acogió favorablemente la perseguibilidad privada con el fin de proteger "la paz de las familias"[523], la cual no se configuraba como un interés privado o

---

[519] *Vid.* DE CASTRO Y OROZCO, J., ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado para la común inteligencia…* cit., p. 338. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 174.

[520] *Vid.* PACHECO, J. F., *El Código penal concordado…* cit., p. 154. Como vimos en el Capítulo II, esta expresión ha cambiado su sentido en la actualidad.

[521] CARMONA AD SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*… cit., p. 184.

[522] AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal…* cit., p. 249.

[523] *Vid.* VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*… cit., p. 214.

individual, sino como un interés social o colectivo que se consideraba superior al interés social de perseguir estos delitos[524]. Ahora bien, los comentaristas fueron muy críticos con la exigencia de querella en los casos de violación y rapto, lo que tuvo como consecuencia que a través de un Real Decreto de 21 de septiembre de 1848 se reformara este precepto y en estos delitos únicamente se exigiese denuncia. Abordaremos esta reforma en el apartado siguiente relativo al Código Penal de 1850.

El Código estableció, por primera vez, la posibilidad de que el reo quedase exento de pena casándose con la víctima. Nos encontramos ante un reconocimiento legal de lo que se conoce como "perdón presunto", aunque el legislador no empleó dicha expresión hasta 1870. Sobre este tema, la doctrina se preguntaba si para que el perdón se presumiese era necesario que el ofensor se casase efectivamente con la ofendida o si era suficiente con una petición de matrimonio, aunque esta se rechazase.

Según algunos autores, en este último supuesto debía cesar igualmente el procedimiento, y no habría lugar a pena[525]. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entendía que era necesario que la ofendida aceptara la propuesta del ofensor. Así, por ejemplo, PACHECO defendió que, "si ella no quiere perdonarle y borrar el hecho, la ley no le perdona tampoco"[526]. Ahora bien, la razón que llevaba a este autor a exigir la aceptación de la propuesta como requisito para la eficacia del perdón no era en modo alguno respetar la voluntad de la mujer, sino garantizar a las familias que los "arribistas" no consiguiesen casarse con sus hijas (y alcanzar a través del régimen económico matrimonial el acceso a la eventual fortuna de la familia de ella)[527]. De la misma opinión era VICENTE y

---

[524] En este sentido, VICENTE Y CARAVANTES afirmaba que "teniendo por objeto la acción penal, la corrección del culpable y el escarmiento que ofrece el ejemplo del castigo en los demás, para desviarles de la senda del crimen, asegurando la tranquilidad pública en beneficio de todos, no está en el arbitrio de un particular extinguir aquella acción aun cuando renuncie a la civil que tiene en su favor para pedir la reparación del daño causado. Solamente en ciertos delitos especiales puede el particular evitar los efectos de la acción penal; pero aun esta excepción se funda en el interés de la sociedad, porque si en tales casos deja la ley al arbitrio privado el ejercicio de la acción penal, es por no alterar imprudentemente la paz de las familias, que es uno de los primeros elementos del orden social" (VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado*, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid, 1850, p. 135).

[525] VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*… cit., p. 394.

[526] PACHECO, J. F., *El Código penal concordado…* cit., p. 158.

[527] PACHECO consideraba que el precepto podía introducir un "germen de inmoralidad": "El joven A quiere obtener por esposa a la joven B, cuyos padres no se prestan al matrimonio por legítimas causas. Para forzarlos, A la roba; y cuando se procede a encausarle, ofrece su mano, con lo cual quedará exento de pena, y habrá obtenido lo que no lograba por otros medios. He aquí el motivo para que la oferta del casamiento no extinga por sí sola estas actuaciones criminales; sino que sea menester la aveniencia, la aceptación de la parte contraria. El padre de la joven B deberá se oído en este caso, usando de sus derechos; y la autoridad

CARAVANTES, que temía que, de lo contrario, se diese "un aliciente para cometer este delito con personas de condición y clases mejores que las del culpable, puesto que este se libraba de la pena con solo prestarse a verificar el enlace"[528].

En tercer lugar, algunos autores proponían una solución intermedia, de manera que en los casos en los que la víctima no aceptase el matrimonio, pudiera adquirir la simple propuesta algún tipo de virtualidad. De esta opinión eran GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, que además consideraban que en estos casos se libraría de la pena el autor en los delitos de estupro y en los de rapto cometido con la voluntad de la mujer, pero no en los casos de violación, ni en el rapto no consentido[529].

Ahora bien, para una comprensión completa de esta particular forma de condonación, debemos estudiar desde un prisma más amplio la figura del perdón en el Código Penal de 1848. Por primera vez, este instituto aparece regulado expresamente en el artículo 21 del Código penal:

> "El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal […]. Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado".

Como puede apreciarse, aunque el citado precepto estableció como regla general la prohibición del perdón, este conservó su aplicación en los delitos perseguibles previa voluntad de la víctima, por lo que, en los delitos de estupro, violación y rapto –que no podían ser penados sino a instancia de la agraviada *ex* art. 361–, la condonación de la parte ofendida era causa de extinción de la acción penal.

A pesar de que los penalistas se mostraban en contra de la figura del perdón por entender que la jurisprudencia tenía demasiado en cuenta la opinión de las víctimas en la

---

gubernativa podrá también, por su disenso, usar los que le corresponden" (*Ibidem*). En el mismo sentido, AURIOLES MONTERO, entendía que la interpretación de PACHECO era más conforme al artículo 361, que exigía el casamiento, porque "de otro modo se daría lugar a fraudes lamentables". *Vid.* AURIOLES MONTERO, I., *Instituciones del Derecho Penal…* cit., pp. 248-249.

[528] VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado…* cit., pp. 406-407.

[529] El autor añade que "así se evita el que algunos, intentando contraer matrimonios ventajosos, se valgan de aquellos medios reprobados, en la convicción de que no podrá llegar el caso de aplicarles ninguna penalidad" (GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, t. III, Imprenta Sánchez, Madrid, 1865, p. 342). En un sentido similar, *vid.* ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho Penal Español arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1850*, Imp. y lit. de D. Benito González, Oviedo, 1860, p. 277.

imposición de las penas, justificaban su aplicación en los casos perseguibles previa denuncia o querella"[530]. Algún autor, sin embargo, entendía que las causas penales, una vez incoadas, no debían detener su curso, de manera que el perdón del ofendido no impedía la acción del poder judicial[531]. Ahora bien, como afirma ALONSO RIMO, esta constituía una interpretación excesivamente forzada del artículo 21, que dejaba al mismo vacío de contenido, por lo que debe ser descartada[532].

En resumen, el Código de 1848 establecía un régimen de perseguibilidad mediante querella en los delitos de violación, rapto y estupro, y reconocía la posibilidad de que la parte ofendida perdonase al ofensor. Ahora bien, algunas cuestiones no quedaban muy claras en este texto legal. Por un lado, surge la duda sobre qué se entendía en aquella época por "parte agraviada" (como hemos visto, en ocasiones era la víctima, pero también podía serlo su padre o su marido). Los Códigos penales y la jurisprudencia posteriores concretarán mejor esta cuestión, indicando expresamente las personas legitimadas para incoar y poner fin al procedimiento en cada caso. Por otra parte, en la regulación expuesta no queda claro si era posible otra forma de perdón que no fuese la del perdón presunto a través del matrimonio. Así las cosas, se hace necesario avanzar un poco más en el tiempo para responder a estos interrogantes.

IV. CÓDIGO PENAL DE 1850: HACIA UN RÉGIMEN SEMIPÚBLICO

El Código Penal de 1848 fue modificado en varias ocasiones tras su aprobación y finalmente, a través del Real Decreto de 30 de junio de 1850, se publicó su "Edición oficial reformada". Esta fue sin duda la reforma más importante, que afectó a casi cien

---

[530] PACHECO afirmó que esta era una "justísima excepción". *Vid.* PACHECO, J. F., *El Código penal concordado…* cit., p. 31. De la misma opinión eran GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: "La administración de justicia penal es un deber a que la sociedad no puede renunciar, porque en ello va la corrección del culpado y el ejemplo y la intimidación de los que quieran imitarle. Pasaron los tiempos en que era casi un asunto privado, y en que por tanto la remisión del ofendido bastaba para paralizarla. Más el principio general de que el perdón del agraviado no extingue la acción penal, no se entiende respecto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado […]. Consideraciones de orden superior hacen que no sea lícita en ellos la intervención de la autoridad sino en el caso de que los interesados la impetren en auxilio de su derecho" (GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal…* cit., pp. 92-93).

[531] *Vid.* ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho Penal Español…* cit., pp. 62 y ss.

[532] ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., pp. 49 y ss.

artículos, aumentando considerablemente tanto la gravedad de las penas como el número de conductas punibles[533]. En el Título relativo a los delitos contra la honestidad, aunque los que ya estaban previstos no sufrieron variaciones, se añadió un nuevo delito de escándalo público[534].

Si bien los delitos sexuales no sufrieron especiales modificaciones, sí que podemos apreciar cambios significativos en la regulación de la perseguibilidad y el perdón. Como ya se ha apuntado, el artículo 361 se reformó a través de un Real Decreto de 21 de septiembre de 1848 y, tras la aprobación del Código de 1850, esta disposición común pasó a quedar recogida en el artículo 371, que rezaba así:

> "No puede procederse por causa de estupro sino a instancia de la agraviada o de su tutor, padres o abuelos.
> Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos o tutores, aunque no formalicen instancia.
> Si la persona agraviada careciese por su edad o estado moral de personalidad para estar en juicio; y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor o curador que denuncien, podrán verificarlo el procurador síndico o el fiscal por fama pública.
> En todos los casos del presente artículo el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida, cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique".

---

[533] "Si los Códigos de 1848, 1870 y 1932 pueden considerarse progresivos en sus respectivas épocas, el de 1850, junto con los de 1928 y 1944, debe estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona" (BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles…* cit., p. 325). En un sentido similar, *vid.* BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal de España*, Tucar Ediciones, Madrid, 1977, pp. 37 y ss.

[534] Art. 365: "Serán castigados con pena de arresto mayor o prisión correccional y represión pública los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en los artículos de este Código. En caso de reincidencia, con la de prisión correccional a prisión menor y represión pública". Este delito se introdujo junto a la violación en el Capítulo II, lo cual fue criticado por la doctrina, que consideraba que debería haberse regulado de forma independiente, como así lo hará el Código de 1870. *Vid.* PACHECO, J. F., *El Código penal concordado*… cit., 128.

Este precepto introdujo por primera vez un régimen semipúblico en materia de delitos sexuales[535]. En el Código penal anterior, únicamente se habían concebido dos formas de perseguibilidad, de manera que algunos delitos contra la honestidad eran perseguidos de oficio (como los abusos deshonestos), mientras que otros exigían la presentación de querella (como el estupro, la violación y el rapto). Sin embargo, el artículo 371 del Código de 1850 contemplaba una tercera posibilidad: la iniciación del procedimiento previa denuncia. Por lo tanto, los delitos de rapto y violación pasaron a ser perseguidos de este modo, mientras que el delito de estupro todavía exigía la presentación de una querella.

Esta regulación diferenciada fue la respuesta a las críticas de los penalistas que entendían que, dada la gravedad de este tipo de delitos, la exigencia de querella era una formalidad excesiva que podía desalentar a las víctimas a iniciar el proceso penal. Así, por ejemplo, CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA denunciaron el "gravísimo inconveniente de forzar a los que hubiesen sido víctima de delitos tan atroces como la violación y el rapto, a sostener una acusación siempre gravosa, si no querían ver sancionada por la ley la completa impunidad de sus ofensores"[536]. No obstante, aunque la mayoría de la doctrina acudía al argumento de la gravedad y la alarma social para defender la simple denuncia[537], encontramos también algunos autores que apuntaban que en estos delitos el bien jurídico era distinto al que se protegía en el estupro. Así, por ejemplo, VIZMANOS y ÁLVAREZ señalaban que "en los delitos de violación y rapto bastará denuncia, porque tales delitos no solamente infaman el honor de las familias, sino que además quebrantan el cimiento de la seguridad personal y pública"[538].

---

[535] La denominación "semipúblico" hace referencia a que el procedimiento se iniciaba mediante denuncia y luego continuaba de oficio sin necesidad de que la víctima se personase como acusación. Sin embargo, no podemos equiparar este régimen de perseguibilidad al actual, pues en 1850 el perdón de la víctima suponía la finalización del procedimiento.

[536] DE CASTRO Y OROZCO, J., ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado para la común inteligencia…* cit., p. 338.

[537] *Ibidem.*: "La violación y el rapto serán siempre hechos de grande escándalo y alarma, como vienen a ser los delitos de lesión y de detención ilegal, con circunstancias específicas de tanta gravedad y trascendencia, que la misma ley se ha visto precisada a tomarlos en consideración y penarlos particularmente. […]. Nos parece preciso en interés de la conveniencia pública, que los tribunales procedan a la persecución y castigo en los referidos casos de violación y rapto en virtud de simple denuncia de la parte ofendida". En el mismo sentido, *vid.* VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado…* cit., p. 406.

[538] *Vid.* VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal…* cit., p. 391.

La reforma introducida por el Real Decreto de septiembre de 1848 fue, por tanto, bien acogida por la doctrina con carácter general. No obstante, el artículo 371 no quedó exento de críticas, debido a que la nueva regulación dejaba algunas cuestiones sin resolver. Veamos a continuación cuáles fueron las más problemáticas.

En primer lugar, en relación con el delito de estupro, se determinaba que solo podía ser perseguido *"a instancia de la agraviada o de su tutor, padres o abuelos"*. Sobre esta cuestión, PACHECO criticó que se exigiese querella en los casos de estupro de la descendiente o hermana, pues entendía que en este particular supuesto debía ser suficiente con la presentación de una denuncia[539]. Otros autores, sin embargo, consideraban correcto que estos delitos fuesen perseguibles mediante querella en todo caso. En este sentido, VIZMANOS y ÁLVAREZ entendían que las mismas razones que justificaban que el delito de adulterio no fuese perseguible de oficio, sino solamente a instancia del cónyuge ofendido, operaban para que no se persiguiese el estupro sin previa querella[540].

Pero las mayores dudas surgieron alrededor del tercer párrafo del artículo, que permitía actuar de oficio en aquellos casos en los que la víctima careciera de personalidad para estar en juicio ("por su edad o estado moral") y se encontrara desvalida, es decir, sin familiares ni tutores que pudiesen denunciar los hechos. Pues bien, para un sector de la doctrina, esta disposición se había introducido de forma poco razonada sin tener en cuenta el daño que el *strepitus fori* podía ocasionar a las víctimas. De esta opinión eran VIZMANOS y ÁLVAREZ, que consideraban que no se debía "formalizar denuncia sin preceder queja de la persona agraviada aun cuando carezca de personalidad para estar en juicio, al menos se debe haber recabado su consentimiento o haberla interrogado"[541]. Los

---

[539] *Ibidem,* p. 155: "¿Ha de obligarse a la hija a acusar al padre, a la hermana a acusar al hermano, para que se pueda proceder contra semejante incesto-estupro? ¿No bastará denuncia en que es tan odiosa la acusación? Creemos por lo menos que si llegase a verificar esa hipótesis los tribunales representarían al Gobierno, y que este tendría que esclarecer las dudas dictando, u obteniendo de las Cortes alguna resolución en el sentido que indicamos".

[540] *Vid.* VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*… cit., p. 391. Estos autores iban incluso un paso más allá, y afirmaban que los jueces no debían admitir todas las querellas por estupro, sino solo aquellas en las que la víctima hubiese mostrado un comportamiento honesto y si se consideraba que la misma era una "moza de mala reputación" que había ocultado el ultraje y no había alegado engaño, el estupro debería quedar impune. Estos comentaristas entendían que si no existía una fuerte presunción a favor de la estuprada (a partir de su conducta, las circunstancias del caso, y el modo y la época de producir la acusación) la querella estaba infundada, afirmando que en estos casos "bajo la capa de debilidad mujeril quizás se ocultan el desenfreno y la licencia" (*ibidem).*

[541] VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*… cit., p. 391.: "Única excepción: que se trate de una mujer imbécil o demente, de quien se hubiera abusado con escándalo y de una manera

citados autores insistían en que "es preciso no perder de vista que mayor daño podrá quizás causarse a la agraviada haciéndolo público su ultraje para vengarlo, y es necesario meditar las consecuencias que de la publicidad puedan resultar a la ofendida"[542]. Sin embargo, otros autores, como PACHECO, afirmaron que esta enmienda había sido "la más oportuna y justificada", ya que, en el caso de personas en situación de desvalimiento, "no había más remedio" que iniciar el proceso penal de oficio, pues de lo contrario se daría una situación de injusticia e impunidad en aquellos casos en los que las víctimas no pudiesen denunciar por sí mismas, y no contasen con nadie que lo hiciese por ellas[543]. De hecho, este autor criticó que el artículo únicamente contemplase la ausencia de personas "que denuncien", y no "que se querellen", pues entendía que esta posibilidad también debía ser aplicable para los casos de estupro de víctimas desvalidas. Es decir, defendía una interpretación extensiva del precepto, de manera que, a pesar del tenor literal del art. 371, habría que entender que la excepción del párrafo tercero debía ser también aplicable al estupro[544]. No obstante, otros autores consideraban que el párrafo tercero solo se refería a la violación y al rapto, y que en los casos de estupro con desvalimiento nos

atroz, como ha sucedido ciertamente alguna vez dentro de establecimientos públicos en que se encuentra la corrupción en lugar de la enmienda de las costumbres".

[542] *Ibidem.* En un sentido similar, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: "Hallamos inconvenientes en este último modo de denunciar, materia muy delicada, en el que la publicidad suele empeñar, muchas veces con la injusticia, la honra de las personas". *Vid.* GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal…* cit., pp. 373-374.

[543] PACHECO, J. F., *El Código penal concordado*… cit., p. 155: "Se trata de una infeliz huérfana, desvalida, menor de edad, quizá sumida en el abandono y en la miseria. Tal vez no puede material y físicamente quejarse ella propia. La han dejado maltratada de resultas de la violación. ¿Había de consentir el Código que quedara impune un crimen de esta clase, porque su víctima careciera de familia que la cobijase bajo su amparo? Tal inhumanidad, tal injusticia no hubiera sido posible. Si la ley ha limitado el derecho de acusar o de denunciar estos delitos contra las costumbres a la persona agraviada o a sus próximos parientes, esto ha tenido por causa evidentes consideraciones morales y de decencia pública, que están al alcance de todo el mundo. Mas en el caso supuesto, ó en casos semejantes, cuando la agraviada no puede, ó difícilmente puede hacerlo por sí, y carece de familia que la proteja o lleve su voz, no había más remedio que acudir a los magistrados o funcionarios, a quienes por la naturaleza de su misión corresponde el patrocinio de tal desvalimiento".

[544] "Y ¿por qué no también, que se *querellen*? La disposición de este párrafo ¿recae solamente sobre los delitos de rapto y violación, o recae asimismo sobre el de estupro? Para nosotros, esto último es indudable. Esa intervención, que la ley concede a ciertos funcionarios, va dirigida a suplir la falta de los padres, abuelos o tutores. Debe, pues, ser permitido a aquellos, todo lo que se faculta a éstos respecto de la joven menor que de ellos depende. El estupro cualificado, por el cual se puede proceder, entra como la violación en el círculo de su encargo. Luego si el estupro no se persigue por denuncia, sino por querella (a instancia), claro está que no solo han de reconocerse facultades para denunciar en los síndicos y promotores, sino también para querellarse" (*Ibidem).* De la misma opinión, *vid.* ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho Penal Español*… cit., p. 276.

encontraríamos ante una laguna en la regulación. Es decir, ante un supuesto que, en virtud del principio de legalidad, no podía ser perseguido[545].

Finalmente, el último párrafo mantuvo la posibilidad de que la ofendida perdonase al ofensor casándose con él. Ahora bien, mientras que en 1848 no se indicaba nada respecto al momento en que debía producirse el enlace (si con anterioridad o con posterioridad a la sentencia de condena), en el Código de 1850 se concreta que el procedimiento penal deberá cesar "en cualquier estado de él en que lo verifique". Esta disposición generó desacuerdos en la doctrina ya que, mientras que algunos autores entendían que el perdón mediante matrimonio implicaba el sobreseimiento[546], otros argumentaban que, dado que el art. 371 hablaba de "librarse de la pena", era preciso que el procedimiento concluyera con la imposición de una condena, de manera que este no podía "cesar" previamente[547].

Por otro lado, PACHECO consideró que hubiera sido más oportuno que el perdón solo tuviera relevancia en los casos de estupro, y que en el rapto y la violación únicamente hubiese servido para atenuar la pena[548]. No obstante, como apunta ALONSO RIMO, esta interpretación supondría contradecir lo dispuesto en el artículo 21, que establecía la posibilidad de que la víctima perdonase al ofensor (y se eximiese la responsabilidad criminal) en todos los casos "que no puedan ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado"[549]. Como puede apreciarse, el artículo 21, que regulaba la figura del perdón con carácter general, no sufrió ninguna modificación en el Código de 1850. La doctrina y la jurisprudencia de la época continuaban sin responder a la cuestión de si era posible el perdón expreso en los delitos contra la honestidad[550]. Encontraremos la respuesta en el Código Penal de 1870 y en la jurisprudencia que lo aplicó.

---

[545] VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal*… cit., pp. 391 y ss.

[546] VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado…* cit., p. 407.

[547] GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870…* cit., p. 249.

[548] PACHECO, J. F., *El Código penal concordado*… cit., p. 158: "Si nosotros hubiéramos hecho este artículo, nos hubiéramos permitido poner de otro modo el párrafo que nos ocupa. El casamiento del ofensor y la agraviada deberían poner fin, según nuestra creencia, a las causas de estupro; mas en las de rapto y violación, disminuyendo la pena en la que se había incurrido, no la extinguirían completamente".

[549] ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., pp. 49 y ss.

[550] En opinión de ALONSO RIMO, no solo debería aceptarse en los casos de matrimonio, sino que también cabrían otras formas de perdón, pues de lo contrario "habría que acabar admitiendo la validez del perdón

Por último, en relación con la cuestión de la legitimación para presentar querella o denuncia, podemos observar que otra novedad del Código de 1850 es que autorizó para ello a la parte agraviada, sus padres, sus abuelos y sus tutores[551]. No obstante, nada dice el texto legal sobre quiénes eran las personas con capacidad para perdonar al reo. Como veremos a continuación, la jurisprudencia posterior también perfilará este aspecto.

V. CÓDIGO PENAL DE 1870: UNA REFORMA POLÍTICA CON POCOS CAMBIOS SUSTANCIALES

El Código Penal de 1870 conserva la estructura del de 1848 y, en palabras de JIMENEZ DE ASÚA, es el fruto de una reforma cuya finalidad fue "netamente política"[552]. Es decir, fue aprobada con el objetivo de adaptar el Código a la Constitución de 1869, introduciendo diferentes modificaciones con el objetivo de "humanizar" la legislación penal y, aunque se aprobó con carácter provisional, llegó a estar en vigor alrededor de setenta años[553].

La nueva norma no introdujo modificaciones relevantes en la regulación de los delitos contra la honestidad. Únicamente se introdujo el Capítulo III con el fin de regular separadamente el delito de escándalo público. En los demás delitos, aunque no variaron las conductas punibles, sí que se rebajaron algunas penas, lo que parece que respondía a las exigencias de cierto sector de la doctrina. Según ARAMBURU I ARREGUI, había quienes habían defendido que se suavizara la pena de la violación "por ser esta, dicen, hija de pasiones fogosas, no de mal corazón"[554].

---

presunto, pero no del perdón expreso, lo cual no parece muy acorde a la lógica de las cosas" (*ibidem*, p. 66).

[551] Desaparece, por tanto, la referencia al marido que sí que ostentaba legitimación procesal en el Código de 1822.

[552] JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Temas penales: La reforma de la legislación penal española*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1931, p. 24.

[553] *Vid.* BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles…* cit., p. 489.

[554] *Vid.* ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho Penal Español…* cit., p. 270.

Por otro lado, conviene detenerse en la interpretación que hacían los autores de finales del siglo XIX sobre qué mujeres podían ser víctimas de un delito de violación. Como vimos, en el Código de 1822 se otorgaba una especial protección a las mujeres casadas y, sin embargo, los abusos cometidos contra "mujeres públicas" se consideraban menos graves, por lo que se castigaban con penas inferiores o, en algunos casos, quedaban impunes. Posteriormente, con la aprobación del Código de 1848 desapareció dicha distinción. Pues bien, los comentaristas del Código penal de 1870, aunque, por un lado, comenzaban a entender que las trabajadoras sexuales también debían ser protegidas, por otro, defendían que la mujer casada no podía ser víctima de una violación por parte de su marido. De esta opinión era GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, que mientras consideraba que en estos delitos "no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir o de aceptar" y que estos derechos podían ser "atropellados en una prostituta", también afirmaba que en el caso del marido que "con violencia obliga a su consorte a yacer con él", la mujer no podía "negarse a la realización de los fines del matrimonio". Así, concluía que, "ningún derecho es en ella atropellado por el marido, obligándola contra su voluntad, a realizar con él un acto que no tiene ella ningún derecho para no prestarse a ejecutarlo"[555]. Es decir, este autor reconocía expresamente que las trabajadoras sexuales eran libres y que por tanto el agresor podía vulnerar esa libertad. Sin embargo, las mujeres casadas parece que renunciaban a su libertad en el momento de contraer matrimonio. Estas creencias suponían que, en la práctica, una mujer no pudiera denunciar a su marido por violación.

Una vez nos hemos aproximado a la interpretación que a finales del s. XIX se llevaba a cabo sobre los delitos contra la honestidad, podemos estudiar su régimen de perseguibilidad. Este se regulaba en el artículo 463 del Código Penal de 1870, que no introdujo ninguna novedad con respecto al Código de 1850: el estupro continuaba persiguiéndose mediante querella, mientras que en el rapto y la violación era suficiente con la presentación de denuncia[556]. La doctrina continuaba defendiendo esta regulación

[555] *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870…* cit., p. 85.

[556] Art. 463 CP 1870: "No puede procederse por causa de estupro si no a instancia de la agraviada, o de sus padres, o abuelos, o tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos o tutores, aunque no formalicen instancia. Si la persona agraviada careciere, por su edad ó estado moral, de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor o curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico o el Fiscal, por fama pública. En todos los casos de este artículo, el perdón expreso o presunto de la parte ofendida, extinguirá la acción penal

diferenciada, que mientras justificaba la perseguibilidad mediante querella en el estupro aludiendo a que "así lo aconseja el interés de las familias, y así la reputación de las mujeres ofendidas, a quien convendrá las más veces ocultar su debilidad aun a riesgo de que el seductor quede impune", entendía que en el rapto y la violación "el delito es más trascendental y demuestra mayor inmoralidad por parte del agente; por esta razón bastará denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos o tutores, aunque no formalicen instancia"[557].

El Código de 1870 tampoco modificó lo dispuesto en relación con las víctimas en situación de desvalimiento, por lo que permanecía el mismo problema al que nos hemos referido en el apartado anterior: no era posible proceder de oficio en ningún caso de estupro, aunque la víctima ("por su edad o estado moral") careciese de personalidad para comparecer en juicio y no tuviera familiares que se querellasen por ella. En relación con esta problemática, resultan de interés las críticas de GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, que se preguntaba cómo debía procederse en el supuesto de estupro contra una víctima menor de edad. Según su criterio, no podía permitirse a la ofendida presentar querella por sí sola ya que, según las leyes civiles, debían ser los padres (o, en su defecto, los tutores) los que representaran a la menor, no ostentando la misma capacidad suficiente para comparecer en juicio. En este sentido, el autor consideraba que en el delito de estupro debía primar sobre el interés general (consistente en que "todos los delitos sean comprobados y castigados"), "el interés que la agraviada y su familia puedan tener de que sus vicios y faltas, su fama y su honor no se saquen a la plaza pública ni a las ruidosas controversias del foro"[558]. Por ello, argumentaba que, cuando se comete un delito de estupro, se debe elegir entre "que quede oculto en el hogar doméstico"[559] y acceder a los tribunales cuando la ofendida o sus representantes "prefieren los inconvenientes del

o la pena, si ya se hubiere impuesto al culpable. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor".

[557] GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Imprenta Sánchez, Madrid, 1881, p. 341.

[558] *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870…* cit., p. 241.

[559] GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA defiende que esta debería ser siempre la primera opción, porque "es preferible dejar sin castigo al culpable, que aumentar el mal natural del delito con el mal extraordinario que puede producir la falta cometida, con deshonra de la interesada y de toda su familia" (*Ibidem*).

escándalo judicial a la impunidad del culpable"[560]. Sin embargo, según este autor, una menor de edad no se encuentra en condiciones de tomar esta decisión[561].

Por tanto, el citado autor se preguntaba cómo proceder en casos de estupro contra menores en situación de desvalimiento. Como ya se ha visto en el apartado anterior, algunos autores, como PACHECO, proponían que en estos casos se procediese de oficio. Sin embargo, según GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, si la víctima no contaba con una madre o unos abuelos que la representaran en juicio, el delito debía quedar impune, en virtud del principio de legalidad[562].

Por último, debemos hacer una especial referencia al perdón en el Código Penal de 1870, pues su texto y su posterior aplicación resolvieron muchos de los interrogantes que se venían planteando hasta el momento. Si bien en la parte general el artículo 24 se limitó a reproducir lo que ya recogía el artículo 21 en el Código Penal anterior[563], en sede de delitos contra la honestidad el artículo 463 estableció lo siguiente:

---

[560] El autor señala entre estos inconvenientes la revictimización que se producía en el juicio, si bien esta doble victimización se centraba exclusivamente en el honor de la víctima: "El delito de estupro exige recibir declaración minuciosa a la joven ofendida, requiere el reconocimiento y el examen de peritos en medicina, y, en muchos casos da lugar a que el acusado alegue en su defensa la no existencia de delito, a causa de la no existencia de virginidad, lo que trae debates sobre los antecedentes de la acusadora y sobre la conducta de su familia, todo lo cual puede causar mortificaciones penosas en el pudor y decoro de la menor, y ser motivo de trascendental descrédito para ella y para las personas bajo cuya custodia se encontraba" (*Ibidem,* p. 242).

[561] "¿Puede darse nada más absurdo que dejar encomendada la solución de este problema, tan erizado de dificultades que ante ellas los mismos poderes públicos vacilan, a la inexperiencia de una menor, sin el consejo, sin el auxilio, sin la aprobación de sus padres o tutores?" (*Ibidem,* p. 241).

[562] *Ibidem:* "No nos extrañaría que existiera quien aconsejase el nombramiento de un curador especial, fundado en razones de analogía con lo que las leyes civiles disponen cuando aparecen encontrados los intereses del padre y de los hijos, de los tutores y de los pupilos; pero nosotros no pertenecemos a la escuela de aquellos que tales libertades legislativas piden para los tribunales, cuyas atribuciones están por nuestro sabio organismo constitucional limitadas a juzgar con arreglo a las leyes y a ejecutar lo juzgado. Por esta razón, ante la insuficiencia de los preceptos establecidos, bajamos la cabeza con resignación dolorosa. Y si resulta que hay un padre que ha cometido el horrendo delito de estupro, y que no hay persona con capacidad legal para acusarle, preferiríamos que quedase impune el atentado a que el poder judicial invadiese el circulo de las atribuciones del poder legislativo".

[563] Art. 24 CP 1870: "El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Esto no se entiende respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia ó consentimiento del agraviado". Puede consultarse también, sobre la regulación general del perdón, el art. 132 CP 1870. Además, cabe tener en cuenta que el perdón amplió notablemente su alcance tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882, pues en muchas faltas privadas el perdón extinguía la pena (por ejemplo, los malos tratos del marido a la mujer eran considerados una falta de este tipo ex art. 603.2 LECrim). *Vid.* VIADA Y VILLASECA, S., *Código Penal reformado de 1870*, t. I, Madrid, 1890, p. 403.

"En todos los casos de este artículo, el perdón expreso o presunto de la parte ofendida, extinguirá la acción penal o la pena, si ya se hubiere impuesto al culpable.

El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor".

Podemos apreciar, por tanto, que por primera vez se recoge el perdón expreso como causa de extinción de la responsabilidad criminal. Esto es, el perdón no debía materializarse necesariamente a través del matrimonio, sino que existían otras vías posibles, como así queda reflejado en la jurisprudencia de la época[564]. Asimismo, la jurisprudencia también delimitó quiénes eran las personas legitimadas para iniciar el proceso penal y ponerle fin. Si bien el artículo 463 establecía que podían querellarse o denunciar, junto a la víctima, sus padres, abuelos o tutores, estas personas se encontraban en una posición subordinada, no pudiendo imponer su voluntad sobre la de la mujer agraviada si esta era mayor de edad (es decir, si tenía 23 años o más). Sobre esta cuestión podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1890, en la que se estableció que los padres de la víctima no podían denunciar si esta se oponía, pues debía respetarse "el derecho de la agraviada de utilizar o no, y del modo que a su interés convenga, una acción de la que es dueña absoluta"[565].

Por todo lo expuesto, podemos concluir que a finales del siglo XIX la disponibilidad privada en los delitos contra la honestidad era plena, pues era la parte agraviada la que debía decidir si iniciar el procedimiento penal y, una vez iniciado, podía ponerle fin. En el Código de 1870 se reconoció incluso la posibilidad de que el perdón extinguiese la pena una vez hubiera sido impuesta (de esta manera, se resolvían también las dudas que planteaba la regulación anterior). La doctrina penal, que con carácter

[564] MARTÍNEZ ALCUBILLA cita el caso de una sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1874, relativa a una causa de estupro, en la que se había otorgado el perdón a través de una escritura pública y, posteriormente, la víctima y su madre no quisieron ratificarla ante los tribunales por no haber cumplido el acusado "su palabra de casamiento". La Audiencia dictó sentencia condenatoria y, sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que se había producido un error de derecho ya que la falta de ratificación de la escritura "no podía desvirtuar en absoluto el desistimiento y perdón que aquella contenía sin ninguna limitación". *Vid.* MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la jurisprudencia penal de España*, Imprenta de la V. é hijas de A. Peñuelas, Madrid, 1874, pp. 459 y ss.

[565] La sentencia hace referencia al antiguo art. 321 del Código Civil, que establecía que "las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no pueden dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas". No obstante, el TS concretó que este precepto "no ensancha la autoridad paterna para accionar en juicio" y que debía entenderse restringido al ámbito civil. *Vid.* VIADA Y VILLASECA, S., *Código Penal reformado…* cit., p. 322 y ss.

general se mostraba en contra de este tipo de prerrogativas privadas, entendía que las mismas estaban justificadas en estas infracciones, pues la publicidad del juicio podía ocasionar a las víctimas más daño que el delito mismo[566].

VI. CÓDIGO PENAL DE 1928: UN GIRO TOTALITARIO Y UNA REGULACIÓN PECULIAR DE LOS DELITOS SEXUALES

El Código Penal de 1870 estuvo en vigor hasta que, en 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera, se aprobó un nuevo Código. Si bien este conservaba la estructura del anterior, mostraba una tendencia totalitaria y fue utilizado como un arma de defensa política a través del endurecimiento de las penas impuestas a los delitos contra la autoridad y a la delincuencia habitual[567]. En materia de delitos sexuales, sin embargo, se produjo una rebaja de las penas notable y, además de ello, se introdujeron una serie de modificaciones dignas de mención. Analizaremos a continuación las más significativas.

En primer lugar, se reformó el delito de violación (art. 598 CP 1928) para añadir que la violencia o la intimidación debían ser *"bastantes para conseguir el propósito del culpable"* y, junto al supuesto de privación de sentido, se incluyó una tercera modalidad comisiva, consistente en que *"la mujer por cualquier causa […] estuviere incapacitada para resistir".* Resulta asimismo destacable la modificación de la edad del sujeto pasivo, requiriéndose ahora que la víctima fuese una *"mujer mayor de dieciocho años"*, desapareciendo así el tercer párrafo relativo a víctimas menores de doce años (recordemos que si la víctima era menor de 12 años el delito se castigaba como violación, aunque no concurriesen las circunstancias anteriores)[568]. De este modo, el Código de 1928 reguló

[566] Además de los autores que ya han sido citados en las páginas precedentes, *vid.* también: SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en Principios en la legislación vigente en España*, Imprenta de M. G. Hernández, Madrid, 1879, p. 311; RAMIRO RUEDA, R., *Elementos de Derecho Penal*, Imprenta de José M. Paredes, Santiago, 1886, pp. 444 y ss.

[567] *Vid.* BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal…* cit., pp. 53 y ss.; BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles…* cit., pp. 753 y ss.

[568] La doctrina denominaba al yacimiento con una menor de 12 años "violación no resistida" o "violación presunta". *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, Reus, Madrid, 1929, p. 218. Cierto sector de la doctrina había comenzado a cuestionar que estas conductas se incluyesen dentro del delito de violación, por entender que se trataba de un delito contra la voluntad, y

separadamente los delitos sexuales contra menores, castigándolos con penas mayores a las previstas cuando estos delitos se cometían contra mayores de edad[569].

En relación con el sujeto pasivo del delito, también debemos resaltar que se introdujo de nuevo un tipo atenuado para los casos en que *"la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución"* (art. 600 CP 1928). Este supuesto se castigaba con prisión de uno a tres años, mientras que en el tipo básico la pena era de tres a doce. A pesar de que parecía que esta regulación discriminatoria había quedado superada tras el Código de 1848, lo cierto es que la doctrina mayoritaria continuaba defendiendo que, en estos casos, al ser la lesión de la honestidad mucho menor, el castigo debía ser también inferior[570]. Algunos autores iban incluso un paso más allá, como JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, que entendían que, si la víctima ejercía la prostitución, no se cometía un delito contra la honestidad, sino un delito contra la libertad ya que, según los citados autores, "la violación de prostituta no puede ser un delito contra ese bien jurídico inexistente en ella"[571]. Es decir, defendían que no hacía falta un tipo específico de este tipo de violencia, sino que debía ubicarse dentro del delito de coacciones.

Por otra parte, en los abusos deshonestos se establecieron penas mucho mayores si los mismos eran cometidos entre personas del mismo sexo. Así, el artículo 601 castigaba los abusos heterosexuales (cometidos por un hombre sobre una mujer) con la pena de seis meses a tres años de prisión y, a continuación, añadía que *"cuando el abuso deshonesto tuviere lugar con persona del mismo sexo que el culpable, se impondrá la pena dos a doce años de prisión".* Estos abusos agravados podían producirse, por tanto,

---

que podía haber casos en los que una menor de 12 años consintiese que debían ser calificados como estupro. *Vid.* FARALDO CABANA, P., «Evolución del delito de violación…» cit., pp. 40 y ss.

[569] Se crea un Título XV dedicado específicamente a delitos cometidos contra menores, y dentro del mismo encontramos los "Delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores" (Capítulo IV), donde hay algunos artículos destinados a víctimas menores de doce años (art. 772 CP 1928) y otros dedicados a víctimas mayores de doce y menores de dieciocho (art. 773 CP 1928).

[570] De esta opinión eran GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: "No son tan perniciosas sus consecuencias, porque habiendo faltado la mujer por su propia voluntad a las leyes del decoro, no puede decirse que queda lastimado su honor, como sucede cuando se trata de una mujer honrada". *Vid.* GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal…* cit., p. 335. En el mismo sentido, JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. I, Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928, p. 255. Más tarde, la doctrina calificará esta regulación como "claramente desfavorable por la discriminación que se establece a costa de la mujer prostituida, particularidad, por otra parte, muy natural dentro de un Código de la ideología del que tratamos" (GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 184).

[571] JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código*… cit., p. 223.

entre hombres y también entre mujeres. No obstante, en este último caso, la doctrina entendía que la conducta era menos grave[572], lo cual quedará reflejado en el régimen de persecución, como veremos a continuación.

En efecto, la perseguibilidad de los delitos sexuales en el Código de 1928, regulada en el artículo 613, resulta muy peculiar, pues preveía consecuencias diferenciadas en función del delito cometido y de los sujetos implicados:

> "Para proceder por delitos de violación, abusos deshonestos con personas de otro sexo sin mediar publicidad o escándalo, rapto o estupro, no será necesario formular querella, sino que bastará denuncia de la mujer agraviada, cualquiera que sea su edad, o de su marido, padres, ascendientes, hermanos o representantes legales, hecha ante cualquier funcionario judicial o del Ministerio fiscal.
> Si la mujer ofendida careciere, por su edad o estado mental, de personalidad para comparecer en juicio, y resulte además de todo punto desvalida, deberán denunciar el hecho el Alcalde o cualquier funcionario fiscal a cuyo conocimiento llegue la perpetración del delito, y si nadie lo denunciare y el Juez municipal o el de instrucción competente llegare a conocerlo, procederá de oficio.
> Para proceder por delitos de incesto bastará denuncia de la persona en que en ella se ratifique ante el Juez competente; y si produjeren escándalo público procederá el Juez de oficio o a instancia del Ministerio fiscal.
> En los delitos de abusos deshonestos sin publicidad ni escándalo entre hembras, bastará la denuncia de cualquiera de ellas, y si se realizan con publicidad o producen escándalo, la de cualquier persona. En los cometidos entre hombres se procederá de oficio.
> En los delitos de adulterio y amancebamiento será indispensable para proceder la querella".

En primer lugar, desaparece la persecución mediante querella del estupro, siendo sin duda una de las diferencias más notables con respecto al Código Penal de 1870[573]. Por

[572] *Ibidem:* "Los toques y maniobras libidinosas intentadas con violencia por una mujer sobre otra, tiene, en todos sentidos, menos gravedad que los abusos deshonestos cometidos por un hombre sobre una hembra".

[573] Así lo destaca JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado…* cit., p. 272. La querella quedará así reservada, en los delitos contra la honestidad, al adulterio y al amancebamiento.

tanto, el texto de 1928 resuelve los problemas que se habían planteado en la regulación anterior: que en estos delitos no bastaba la simple denuncia y que no era posible proceder de oficio cuando la víctima fuese desvalida. Sin embargo, mientras que en el Código de 1870 se establecía que en los casos de desvalimiento debía actuar "el procurador síndico o el fiscal", en el Código de 1928 se encomendó esta tarea al "Alcalde" o "cualquier funcionario fiscal a cuyo conocimiento llegue la perpetración del delito". Se establecía que ambos tenían la obligación de "denunciar" y que, si no lo hacían y llegaba el delito a conocimiento del "Juez municipal o de instrucción", este debía proceder de oficio.

En segundo lugar, otra modificación importante introducida por el Código de 1928 fue la relativa a los abusos deshonestos, que por primera vez los introdujo en la disposición común y, como consecuencia, dejaron de configurarse como delitos públicos perseguibles de oficio. Ahora bien, el precepto únicamente aludía a los "abusos deshonestos con persona de otro sexo sin mediar publicidad o escándalo". Sin embargo, el régimen de persecución era distinto en los abusos deshonestos homosexuales. Así, por un lado, se establecía que cuando estos eran "entre hembras" debía procederse mediante la denuncia de cualquiera de ellas (y, si mediaba publicidad o escándalo, bastaba con la denuncia de "cualquier persona") y, por otro lado, si los abusos se cometían "entre hombres", se procedía de oficio. Los abusos deshonestos heterosexuales también se perseguían de oficio si se producían mediante "publicidad o escándalo".

Esta diferenciación en función de si los hechos habían sido conocidos en la comunidad, se repite en relación con el delito de incesto, que constituye otra novedad con respecto al Código Penal de 1870 (en el mismo el incesto formaba parte del delito de estupro, pero en 1928 se entendió que debía tipificarse de forma separada)[574]. Pues bien, como puede observarse, el artículo 613 disponía que en los delitos de incesto se requería la denuncia y que, si mediaba escándalo público, se procedería de oficio (actuando directamente el Juez o mediante instancia del Fiscal). Como se ha expuesto, la doctrina venía criticando la situación de desprotección en la que se encontraban las víctimas de estupro menores de edad cuando el autor de los hechos fuese un familiar de su entorno. Con la nueva regulación, estos hechos podrían perseguirse de oficio, ya fuera porque la

[574] Según JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, "en épocas en que los asuntos de eugenesia cobran extraordinaria importancia, el delito de incesto pide lugar en el catálogo de infracciones". JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J*., Derecho Penal conforme al Código…* cit., pp. 223-224.

víctima se considerase desvalida (art. 613.2) o porque el incesto produjera escándalo público (art. 613.3).

En último lugar, corresponde analizar la figura del perdón de la víctima en el Código de 1928, regulado en los artículos 191 y 195. El primero se limitaba a reconocerlo como una causa de extinción de la responsabilidad criminal en los delitos y faltas "que solo se persiguen a instancia de parte", y el segundo desarrollaba su régimen de aplicación. Así, prescribía que el perdón podía producirse en cualquier momento, por lo que quedaba extinguida o bien la pena o bien la acción penal si todavía no había sido dictada la sentencia y, siguiendo con lo introducido por el Código de 1870, reconocía la posibilidad de que el perdón fuese "expreso o presunto" (art. 195.2). Por primera vez, se limita su operatividad en los casos en los que el ofendido fuese "menor de edad o incapacitado" (art. 195.3): se permitía al Tribunal conceder o negar eficacia al perdón otorgado por los representantes legales y se añadía que, en el caso de denegarse, el Tribunal debía dictar sentencia o continuar la causa representando el Ministerio Fiscal a la víctima[575]. Por último, el párrafo cuarto del artículo 195 disponía lo siguiente: "se presume concedido el perdón en los delitos de violación, estupro, y rapto, por el matrimonio de la ofendida con el ofensor".

Lo cierto es que regular el perdón de los delitos sexuales en la parte general del Código resultaba algo problemático, pues con posterioridad, en las disposiciones comunes de los delitos contra la honestidad, el artículo 614 contemplaba de nuevo la figura del perdón:

> "En todos los casos de delitos comprendidos en este Título que no puedan ser perseguidos de oficio, el perdón expreso o presunto de la parte ofendida extinguirá la acción penal o la pena, si ésta se hubiere ya impuesto al culpable. […] El perdón solo se presume por el matrimonio de la ofendida con el ofensor".

[575] En realidad, el legislador de 1928 introdujo lo que ya venía desarrollando la jurisprudencia. En este sentido, CUELLO CALÓN señaló que "el que perdona ha de tener personalidad para ello, según las condiciones generales de nuestro derecho, y en caso contrario ha de completársele con arreglo al mismo, según doctrina del Tribunal Supremo, de modo que aun cuando el ofendido, por ser menor o incapacitado, no puede perdonar, podrán hacerlo sus representantes legales. Pero el perdón por estos otorgado carece de eficacia si no es aceptado por el tribunal" (CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español…* cit., pp. 258-259). *Vid*., en el mismo sentido, SAN MARTÍN LOSADA, L., *El Código Penal de 1928: su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928, p. 113.

Como ha señalado ALONSO RIMO, nos encontramos ante una disfunción normativa, pues mientras que el artículo 191 hacía referencia a delitos "que solo se persiguen a instancia de parte", el artículo 614 aludía a los delitos contra la honestidad "que no puedan ser perseguidos de oficio". En efecto, se trataba de una contradicción pues, si únicamente pudiese operar el perdón en los delitos perseguibles "a instancia de parte", esto significaría que solo sería aplicable a los casos en los que la querella fuese necesaria para la iniciación del proceso (pues, como ya hemos apuntado, esta era la interpretación que la doctrina hacía de esta expresión). No obstante, estoy de acuerdo con el citado autor cuando razona que, para una adecuada interpretación de ambos preceptos, debe aplicarse el principio de especialidad material, por lo que, en materia de delitos contra la honestidad, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 614 y reconocer la eficacia del perdón en todos los delitos contra la honestidad no perseguibles de oficio (aunque para su persecución se exigiese denuncia y no querella)[576].

Cabe añadir en este punto que el párrafo segundo del artículo 614 establecía una excepción a esta regla general: "Cuando los sometidos al proceso fueran ascendientes, hermanos, guardadores legales encargados en cualquier concepto de la custodia de la ofendida, maestros o personas que hubieran cometido el delito con abuso de autoridad, cargo o confianza, el perdón no producirá efecto hasta que sea aprobado por el Tribunal que conozca o deba conocer la causa". Se concluye, por tanto, que el Código de 1928 establecía dos importantes limitaciones al perdón: por un lado, en relación con el otorgado por las personas menores o con discapacidad para cualquier clase de delitos (incluyendo, por tanto, los sexuales), donde dependía del tribunal aceptarlo o no (art. 195) y, por otro, en materia de delitos contra la honestidad, la excepción del art. 614.2 extendía esta supervisión del tribunal al perdón otorgado por cualquier víctima, al margen de su edad o discapacidad, cuando el autor acusado formaba parte de un determinado círculo de personas próximos a la víctima[577].

Los comentaristas comenzaron a posicionarse en contra de la figura del perdón en los delitos sexuales, por varias razones. De un lado, argumentando que, si bien evitar la

[576] *Vid*., ampliamente, ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., pp. 114 y ss.

[577] *Vid.* JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado…* cit., p. 273; CASTEJÓN, F., *Derecho Penal*… cit., p. 451; CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español…* cit., p. 258-259.

publicidad puede justificar que se deje en manos de la parte agraviada la apertura del proceso penal, una vez este se ha iniciado, los hechos ya han sido conocidos, por lo que el argumento de la evitación del *strepitus fori* no puede justificar el perdón[578]. Por otro lado, un sector de la doctrina criticaba el perdón mediante precio, pues se observaba que, en ocasiones, las familias de las víctimas acudían a la justicia penal con la única intención de conseguir algún tipo de compensación económica[579]. Por último, en los casos de perdón presunto mediante casamiento, se decía que los tribunales obligaban a los ofensores a casarse, convirtiéndose así en "agencias de matrimonios"[580]. En efecto, el Tribunal Supremo había establecido que la única forma del perdón presunto admisible era la del matrimonio, como así lo establecía el Código, no siendo suficiente con que la ofendida y el ofensor mantuviesen relaciones íntimas[581].

De esta manera, a comienzos del siglo XX, surgieron las primeras críticas hacia la figura del perdón en los delitos contra la honestidad que, décadas más tarde, tuvieron como consecuencia la progresiva limitación de su ámbito de aplicación (y, finalmente, su prohibición expresa en todos los delitos sexuales). Como se verá, las razones que adujo

---

[578] En este sentido, MONTES señala que esta era una opinión extendida: "en la doctrina existe una corriente poderosa opuesta a este modo de extinguirse la acción penal y la pena, y más aún una vez ejercitada la acción penal". *Vid.* MONTES, J., *Derecho Penal Español*, vol. II, San Lorenzo de El Escorial, 1929, p. 580. Compartían esta opinión JIMÉNEZ DE ASÚA Y ANTÓN ONECA: "Se justifica como una delegación que el Estado hace a aquellos casos en que la víctima –como ocurre en las infracciones contra el honor y contra la honestidad– resultaría perjudicada a veces con la persecución del delito. Pero una vez que la acción se ha ejercitado y el reo está cumpliendo su condena, ya no tiene aplicación con el mismo vigor aquella razón" (JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código*…, cit., p. 617). De la misma opinión era JARAMILLO: "Esta justificado que sea la acción privada la que inste el procedimiento, pero si la razón de la tolerancia legal es evitar la publicidad de asuntos que tanto repercuten en el honor, el prestigio del perjudicado; si se supone que la actuación judicial implica el escándalo, a pesar del carácter secreto de las causas criminales durante el periodo de sumario, ¿a qué conceder igual privilegio para el desistimiento cuando el escándalo se ha dado?" (JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado…,* cit., p. 411).

[579] En relación con este tema, resulta de interés la lectura de la fábula que relata JARAMILLO en la que narra la historia de un hombre que acude a los tribunales para denunciar la violación de su hija (que había sido agredida por el señor de la casa en la que ella servía) y que posteriormente decide perdonar al agresor a cambio de un precio. En la fábula se compara a este padre con una de fiera encerrada en un circo a la que le "quitaron su cachorro para domarlo", ante lo que no dejaba de aullar. Sin embargo, al arrojarle comida a los pies, la injiere con gran avaricia y "se refugia en la comodidad del rincón de la jaula" (*ibidem,* pp. 410 y ss.).

[580] En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código*…, cit., p. 241.

[581] Pueden consultarse las referencias a esta jurisprudencia en: CUELLO CALÓN, E., *El nuevo Código Penal español…* cit., p. 548.

la doctrina y que condujeron a su desaparición, son muy similares a las que se acaban de exponer.

VII. CÓDIGO PENAL DE 1932: LA ADAPTACIÓN REPUBLICANA Y LA DESPENALIZACIÓN DEL ADULTERIO

El Código de 1928 fue derogado con la llegada de la II República que, por Decreto de 15 de abril de 1931, reestableció el Código de 1870[582]. No obstante, este debía ser reformado para adaptarse a la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, por lo que en 1932 se promulgó un nuevo Código Penal[583]. Sin embargo, lo cierto es que se trataba únicamente de una adaptación del Código de 1870 al nuevo régimen político[584].

En relación con los delitos contra la honestidad, la modificación más destacable fue la despenalización del adulterio y del amancebamiento. En efecto, la Constitución de 1931 reconocía en su artículo 25 la igualdad entre sexos y, por primera vez, a través de la Ley de 2 de marzo de 1932, el divorcio fue legal en España. Por tanto, la infidelidad ya no suponía un delito, sino simplemente una causa de disolución del matrimonio[585]. Por este mismo motivo, el legislador suprimió el artículo 438, que regulaba una excusa

[582] BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal…* cit., pp. 58 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «La legislación penal en la República española», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 159, 1931, pp. 565 y ss.

[583] Ciertamente, no se trataba de un nuevo Código, sino una adaptación del de 1870. "En la Comisión de Códigos se manifestaron dos tendencias: una, que deseaba realizar un Código de nueva planta, y otra, que prefería dar rápidamente una respuesta a la realidad social del país. Esta última posición fue la que prevaleció. Así, por ello, se reformó en lo más esencial el viejo Código de 1870 y la elaboración del nuevo Código se pospuso para realizarla con más calma, lo que no pudo llevarse a cabo" (BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales Españoles*… cit., p. 1059).

[584] *Ibidem.* Algunos autores han señalado que el Código Penal de 1932 era simplemente una "nueva edición" del texto legal de 1848, igual que lo fueron los de 1850 y 1870. *Vid.* ANTÓN ONECA, J., RODRIGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro Madrid, 1949, p. 80.

[585] *Vid.* NÚÑEZ DE CEPEDA, H., *1870 – Código Penal – 1932. Comentarios, Jurisprudencia, Tablas de penas*, La Coruña, 1932, p. 337.

absolutoria a favor del marido que atentase contra la vida o la integridad física de su mujer si la descubría cometiendo adulterio[586].

Por lo que se refiere a los demás delitos contra la honestidad, puede observarse una transcripción casi literal del Código de 1870. El delito de violación (que quedó regulado en el art. 431), ya no exigía que la fuerza y la intimidación fuesen "bastantes" para conseguir el propósito del culpable y, en el apartado relativo a la privación de sentido, desapareció el supuesto de que la víctima estuviera "incapacitada para resistir". Igualmente, se volvió al sistema anterior en relación con las agresiones cometidas contra menores de 12 años, por lo que se integraron de nuevo en el tipo de violación y desapareció la regulación separada de los delitos sexuales contra menores. De la misma forma, se retomó la anterior redacción de los abusos deshonestos, que ya no diferenciaba las penas y la perseguibilidad en función del sexo de los sujetos implicados[587].

En relación con la perseguibilidad, se observa que el Código de la II República no introdujo ninguna novedad con respecto a la regulación de 1870. Así, el artículo 433 del Capítulo V (Disposiciones comunes a los capítulos anteriores) volvió a prescribir la necesidad de querella en los supuestos de estupro, reservando la denuncia para los casos de rapto y violación. Por tanto, los delitos de abusos deshonestos quedaron de nuevo fuera de la perseguibilidad a instancia de la víctima[588]. Solamente se introdujo una ligera modificación en el apartado tercero, relativo a las víctimas en situación de desvalimiento, donde se sustituyó la expresión "la persona agraviada careciere, por su edad o estado moral, de personalidad para comparecer en juicio", refiriéndose ahora el art. 443 a que la

---

[586] *Vid.* ANTON ONECA, J., y RODRIGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho Penal*… cit., p. 1075: "El art. 25 de la Constitución establece la igualdad de sexos. Ello trae, como indeclinable consecuencia, la abolición del famoso art. 438, que se reconocía en favor del marido, en casos de uxoricidio o lesiones por causa de adulterio, una excusa absolutoria o una atenuación especialísima. Esta razón de igualdad de sexo nos ha llevado a radiar la llamada excusa absolutoria en favor del marido que descubre los secretos de su mujer, establecida en el viejo art. 512, párrafo 3º, y que ya no figura en el nuevo art. 490. Ciertamente, el movimiento feminista de comienzos del siglo había conseguido que se modificase este delito y que en el Código de 1928 la exención se extendiera a los supuestos en los que la parricida fuese la mujer, lo cual fue cuestionado por la doctrina".

[587] Art. 432 CP 1932: "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado, según la gravedad del hecho, con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo".

[588] Art. 443. 1 y 2 CP 1932: "No puede procederse por causa de estupro sino a instancias de la agraviada, de sus padres, abuelos o tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos o tutores, aunque no formalicen instancia".

misma "no tuviere personalidad para comparecer en juicio"[589]. La doctrina acogió favorablemente esta reforma, al considerar que permitía abarcar un mayor número de supuestos[590]. No obstante, en el Código de 1932 apareció de nuevo la problemática relativa al estupro cometido contra víctimas desvalidas, pues este hecho no podía ser perseguido públicamente, debido a que la intervención del Fiscal únicamente se contemplaba en aquellos supuestos en los que la víctima careciese de "padres, abuelos, hermanos o tutor que denuncien" y no "que se querellen", por lo que quedaban desprotegidas las personas menores de edad o con discapacidad en los casos de estupro cometido por familiares.

Por último, el artículo 443 establecía que "en todos los casos de este artículo el perdón expreso o presunto de la parte ofendida extinguirá la acción penal o la pena si ya se hubiere impuesto al culpable. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor". No se aprecia, por tanto, ninguna modificación en esta materia con respecto a la regulación de 1870. La única novedad se refiere a su ámbito de aplicación, que queda notablemente reducido al desaparecer los delitos de adulterio y amancebamiento, al exigir que en los delitos de estupro y rapto intervenga "engaño grave" y al modificarse el régimen de perseguibilidad de los abusos deshonestos[591].

VIII. CÓDIGO PENAL DE 1944: EL RETROCESO FRANQUISTA Y LA AMPLIACIÓN DE LA PERSEGUIBILIDAD PREVIA DENUNCIA

[589] Art. 443.3 CP 1932: "Si la persona agraviada no tuviere personalidad para comparecer en juicio y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos o tutor que denuncien, podrá verificarlo el Fiscal por fama pública".

[590] LÓPEZ-REY Y ARROJO, M, *El nuevo Código Penal*, RDP, Madrid, 1933, p. 421.

[591] *Vid.*, ampliamente, ALONSO RIMO, A., *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento…* cit., pp. 131 y ss. Especialmente, resulta de interés el debate doctrinal acerca de si el perdón mediante matrimonio era extensible a todos los partícipes del delito o debía quedar limitado al ofensor que se casaba con la ofendida. El Código de 1928 permitía que el perdón fuera extensible al resto de intervinientes en el delito ("Art. 195.5: el perdón concedido a uno de los reos se considera de derecho concedido a los demás, salvo disposición expresa de la ley en contrario"). Sin embargo, el Código de 1932 guardaba silencio al respecto lo que, según el citado autor, significa que la condonación presunta solo era aplicable al ofensor que contrajese matrimonio con la agraviada.

La llegada de la dictadura en 1939 supuso la desaparición de los avances feministas que se habían logrado durante la Segunda República[592]. A pesar de que el Código Penal de la dictadura no se aprobó hasta 1944, se dictaron diferentes leyes que trataron de ajustar la normativa penal al nuevo régimen[593]. Así ocurrió con la regulación del adulterio, que volvió a tipificarse a través de una reforma de 1942 y, cuando en 1944 se aprobó el nuevo Código, se reinstauró la atenuación para el marido y el padre de la víctima en el uxoricidio por honor[594].

En relación con los demás delitos contra la honestidad, se produjeron distintas modificaciones que introducían connotaciones morales sobre la sexualidad de las mujeres. Por ejemplo, se crearon nuevos supuestos de estupro y de rapto, en alguno de los cuales se añadió el requisito de que la víctima fuese una mujer "de acreditada honestidad"[595]. No obstante, el delito de violación, que quedó regulado en el art. 429, no sufrió modificaciones. A diferencia del Código de la dictadura de Primo de Rivera, el Código de 1944 no estableció un tipo atenuado en el caso de que la víctima ejerciese la prostitución. Según CUELLO CALÓN, desde una perspectiva de Derecho comparado, esta especial modalidad de violación estaba comenzando a desparecer en los países de nuestro entorno[596]. Añade RODRIGUEZ DEVESA que la honestidad no era, por tanto, un elemento del tipo penal, pues el Tribunal Supremo venía castigando estos casos con el mismo rigor[597].

---

[592] *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho Penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 225 y ss.

[593] *Vid.* CASTEJÓN, F., *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1944, pp. 327 y ss.

[594] Se justificaba dicha exención argumentando que así era como tradicionalmente se habían comportado los hombres en España: "responde a la íntima contextura del carácter español que un internacionalismo gris pretendía extirpar de la ley, aunque no de las costumbres, que secularmente se han consagrado". Así lo expresaba el Anteproyecto de Código Penal de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange (citado por BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal…* cit., p. 72).

[595] Estos cambios también se produjeron antes de la aprobación del Código, a través de la Ley de 6 de noviembre de 1942. Sobre las nuevas modalidades de estupro, *vid.* BOIX REIG, J., *El delito de estupro…* cit., pp. 24 y ss. Sobre el rapto, *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Capítulo XXVI: Delitos contra la honestidad… cit., pp. 270 y ss.

[596] "Tiende a desaparecer de las legislaciones esta especial modalidad de violación; los derogados Códigos de Italia (art. 350) y Dinamarca (art. 1689), contenían esta figura de delito, que no ha sido reproducida por los nuevos Códigos de estos países; aún la conserva el Código Penal de Noruega (art. 192)". *Vid.* CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Bosch, Barcelona, 1943, p. 480.

[597] RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Capítulo XXVI: Delitos contra la honestidad… cit., p. 261. Resulta bastante cuestionable la opinión del citado autor sobre la violación cometida por parte del marido: "el

Por lo que se refiere a la perseguibilidad, el art. 443 del Código Penal de 1944 mantuvo la denuncia como condición de procedibilidad[598]. Esta continuidad también la encontramos en los argumentos que daba la doctrina para justificar la derogación de la persecución pública, pues los comentaristas continuaban defendiéndola con base en consideraciones sobre la preservación de la honra de las familias[599]. Ahora bien, podemos observar algunas modificaciones importantes en la redacción del precepto ya que, por un lado, su ámbito de aplicación aumentó y, por otro, se estableció un régimen especial para menores de dieciséis años:

> "Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto, bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden.
> Por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos al Ministerio Fiscal la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.
> El Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de instrucción proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida"[600].

En primer lugar, se observa que, si bien en los Códigos anteriores la expresión "bastará denuncia" era adecuada porque se mostraba como una alternativa menos formal frente a la exigencia de querella, en el Código de 1944 la misma carecía de sentido porque no requería ya querella para ninguno de los delitos sexuales[601]. En segundo lugar, como

---

problema de si el marido puede cometer violación sobre la mujer propia ha de resolverse desde el punto de vista de la antijuridicidad, por constituir el débito conyugal no sólo un deber, sino un derecho de los cónyuges. Cuando se dé un exceso en el ejercicio del derecho, el empleo de la fuerza o el concurso de las circunstancias previstas en el número dos del art. 429, en la satisfacción del apetito sexual, dará lugar a la violación" (*Ibidem*). En definitiva, como indica FARALDO CABANA, la doctrina de la época continuaba defendiendo que la violación dentro del matrimonio no debía ser sancionada o que, de serlo, debía producirse una atenuación de la pena (*Vid.* FARALDO CABANA, P., «Evolución del delito de violación…» cit., p. 46, con ulteriores referencias).

[598] GONZÁLES RUS señala que el requisito de la denuncia supone una continuación con los Códigos anteriores (GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 187).

[599] *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ ASENJO, E., «La reforma del delito de estupro», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 176, 1, 1944, p. 119.

[600] A continuación, el art. 443 remite a los artículos 450 y 452 para la perseguibilidad del adulterio y del amancebamiento (mediante querella).

[601] Así lo advierte GONZÁLES RUS: "No deja de suscitar extrañeza la expresión legal, cuando lo que establece no es un beneficio en favor de la más fácil perseguibilidad, sino, antes al contrario, un obstáculo, al ser la persecución de oficio la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. Hubiera sido más acertado,

ya se ha dicho, el ámbito de aplicación del precepto se amplió afectando por primera vez a los abusos deshonestos, que hasta entonces habían sido perseguibles de oficio (con excepción de la singular regulación que obtuvieron en el Código Penal de 1928)[602]. En tercer lugar, en relación con las personas legitimadas para denunciar, es una novedad la figura del guardador de hecho, que la doctrina interpretaba como "el director del establecimiento de enseñanza donde se encontrase la víctima"[603]. En relación con esto último, hay que recordar que la acción de las diferentes personas enumeradas era escalonada y excluyente[604]. Como ya se explicó al comentar la regulación del Código de 1870, la jurisprudencia venía considerando que, si la víctima era mayor de edad, correspondía a esta la decisión de interponer denuncia, por encima de la voluntad de sus familiares[605].

Por otra parte, se introdujeron por primera vez entre los órganos legitimados para denunciar la Junta de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores (en el caso de que la víctima fuese menor de dieciséis años)[606]. Pero, como señaló JIMENEZ ASENJO, se trataba en realidad de una "novedad aparente", pues cualquier interesado podía acudir al Ministerio Fiscal denunciando la existencia de un delito y requiriendo la promoción de la acción pública[607]. Según GONZÁLEZ RUS, esta disposición suponía

---

entonces, hacer referencia a que lo hecho es requerir una condición y no excusar de ellas, como da a entender el Código" (GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 447).

602 *Vid.* CARMONA SALGADO, C., «Los delitos de abusos deshonestos en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 249, 1980, pp. 5 y ss.

603 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Capítulo XXVI: Delitos contra la honestidad… cit., pp. 272 y ss.

604 Así lo apunta GONZALEZ RUS: "sólo cuando la agraviada no pueda denunciar por sí misma es cuando entran en juego el resto de persona señaladas, y precisamente en el orden indicado en el Código, de forma que si el que ocupa un lugar anterior no lo hace, la denuncia presentada por el que le sigue inmediatamente no será válida" (GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 453). *Vid.*, en el mismo sentido, ORTS BERENGUER, E., «Capítulo XXXIX», en: VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pp. 634 y ss.

605 *Vid.* CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal…* cit. pp. 541 y ss. Por su parte, JIMÉNEZ DE ASENJO añade que estaban legitimados para denunciar tanto el padre como la madre natural. Si el autor de los hechos era el padre, la esposa podía perseguir el estupro cometido por su marido: "si es cierto que la patria potestad sólo se transfiere a la madre en defecto del padre, según el Código Civil, una elemental razón de decoro público exige evitar que por tal sistema legal se invalidase la defensa, siempre honorable, por la madre del pudor de su hija cuando éste ha sido tan vergonzosamente manchado" (JIMÉNEZ ASENJO, E., «La reforma del delito de estupro…» cit., p. 118).

606 Sobre estos organismos, *vid.* ROMERO MUÑOZ, V, «Modificaciones últimas en la legislación sobre tribunales tutelares de menores», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, n.º 187, pp. 645 y ss.

607 JIMÉNEZ ASENJO, E., «La reforma del delito de estupro…» cit., p. 118. Según este autor, la legitimación de estos organismos debe entenderse como subsidiaria a la del fiscal.

convertir en delitos públicos los delitos sexuales cometidos sobre estos sujetos[608]. De la misma opinión es CARMONA SALGADO que además añade que "siendo la ofendida menor de esa edad, la doctrina coincide, y en ello estamos de acuerdo, en negar la posibilidad de denunciar por sí misma"[609].

En relación con el tercer párrafo, conviene precisar qué se entendía porque la víctima "fuera de todo punto desvalida"[610]. Como ya se dijo, en los Códigos penales anteriores la doctrina solía referirse a la situación de ausencia de familiares, sin embargo, los comentaristas de esta época consideraban que existía desvalimiento incluso en los casos en los que, aunque existiesen parientes que pudieran denunciar, decidieran no hacerlo[611]. Esta misma interpretación era la que llevaba a cabo el Tribunal Supremo, que definía "persona desvalida" como aquella "que no cuenta con el amparo y protección de los que deben prestárselo"[612]. Esta cláusula permitía la tutela de víctimas vulnerables con independencia de su edad, por ejemplo, en los casos de personas con discapacidad que no pudiesen denunciar por sí mismas y no contasen con un representante legal que lo hiciese por ellas.

Por su parte, la figura del perdón de la víctima continuó desplegando plenos efectos en el Código Penal de 1944. Así, los apartados cuarto y quinto del art. 443 CP señalaban que:

> "En los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido, capaz legalmente, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

---

608 GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 451.

609 CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos…* cit., p. 188.

610 La posibilidad de que se pudiese intervenir de oficio en los supuestos de desvalimiento (art. 443.3) fue introducida por una reforma que tuvo lugar en 1952. Así lo apunta MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial, Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 1983, p. 375, que a continuación comenta: "se ha perdido el carácter privado de algunos de estos delitos para convertirse en la práctica en delitos de oficio".

611 *Vid.* JIMÉNEZ ASENJO, E., «La reforma del delito de estupro…» cit., p. 121; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal…*cit. p. 544; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, p. 811.

612 *Vid.* STS de 5 de marzo de 1949, cit., en: CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos...* cit., p. 189.

El perdón del representante legal necesita ser aprobado por el Tribunal competente, que ordenará, caso de rechazarlo a su prudente arbitrio, que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor el Ministerio Fiscal".

Las únicas modificaciones que se aprecian con respecto a los Códigos anteriores son, por un lado, la exigencia de que la persona ofendida fuese "capaz legalmente" para otorgar el perdón y, por otro, que su ámbito de aplicación se extendió a los abusos deshonestos.

El segundo apartado (relativo a la necesidad de aprobación judicial del perdón del representante legal) suponía una continuidad con respecto al Código Penal de 1928 que, como ya se ha dicho, fue el primero en incorporar dicha cláusula. De esta manera, se evitaban los problemas que pudieran producirse en los casos de conflictos de intereses entre el menor y sus progenitores[613]. Asimismo, el perdón del representante legal podía operar en casos de personas incapacitadas judicialmente, requiriéndose también la autorización del tribunal. Este último aspecto de la regulación del perdón en el caso de víctimas con discapacidad quedó regulado más claramente tras la reforma de 1973, pues el Código de 1944 solo aludía expresamente a los menores.

IX. CÓDIGO PENAL DE 1973: CAMBIOS EN EL PERDÓN Y EL INICIO DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

El Código Penal de 1944 fue modificado en numerosas ocasiones. La reforma más importante se produjo en los años setenta y tuvo como resultado la publicación de un texto refundido el 14 de septiembre de 1973[614]. Por ello, con frecuencia la doctrina se

[613] Según CUELLO CALÓN, "en los casos de violación cometida del padre sobre la hija, la madre tiene la personalidad para perdonar, según constante jurisprudencia del TS (16 de marzo de 1905, 13 de diciembre de 1933, 2 y 11 de enero de 1934). En contra de esta doctrina, la Fiscalía del TS ha sostenido la contraria negando a la madre personalidad para perdonar, pues dada la contraposición de sus deberes de madre y esposa no puede atribuírsele aptitud legal para completar la representación de la menor ofendida en beneficio del marido ofensor (Memoria de la FGE 1908). En estos casos, debe nombrarse a la ofendida un defensor conforme a lo dispuesto en el art. 165 del CC (Memoria de la FGE de 1927)". *Vid.* CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal…* cit. p. 547.

[614] Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

refiere al Código Penal anterior al de 1995 como el Código Penal de 1973[615]. En esta reforma, la perseguibilidad de los delitos contra la honestidad no fue modificada, pero sí que se modificó el perdón, sustituyéndose el requisito de que la persona fuese "capaz legalmente" por el de que fuese "mayor de veintitrés años", lo cual también provocó que se modificase la regulación del perdón otorgado por el representante legal (art. 443.4 y 5):

> "En los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido, mayor de veintitrés años, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume, sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor. El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad y el del ofendido, mayor de veintiún años y menor de veintitrés, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o al ofendido el Ministerio fiscal".

Dejando a un lado estas reformas de menor calado, es importante señalar que, con el fin de la dictadura y la aprobación de la Constitución en 1978, se hizo necesario adaptar la legislación penal a los avances democráticos en igualdad. En este contexto, se alzaron las voces que propusieron una reforma urgente de los delitos contra la honestidad, pues su mera existencia evidenciaba una discriminación histórica hacia las mujeres[616]. Por ello, a partir de 1978, se sucedieron numerosas reformas[617].

---

[615] *Vid.* BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho Penal…* cit., p. 84.

[616] *Vid.*, entre otras, ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1981, pp. 101 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 15 y ss. No obstante, lo cierto es que los delitos contra la honestidad ya venían siendo criticados desde los años sesenta por su carga moralizante. *Vid.*, BOIX REIG, J., «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, pp. 7 y ss., con ulteriores referencias. *Vid.* también, las demandas feministas que reclamaban una reforma de los delitos sexuales en: URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder: trayectoria de un feminismo crítico*, Talasa Ediciones, Madrid, 2009, pp. 118 y ss.

[617] BOIX y ORTS afirmaron en 1999 que los delitos sexuales habían experimentado "no pocas reformas" en los últimos veinte años. *Vid.* BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999», en: QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, pp. 1007 y ss.

La primera se produjo en 1978, despenalizando los delitos de adulterio y amancebamiento[618]. Por lo que respecta a los demás delitos contra la honestidad, en este mismo año se modificaron profundamente los delitos de estupro y rapto, reduciéndose notablemente su alcance y clarificando su regulación[619]. Como destaca ALMODÓVAR PUIG, esta ley "terminó con las referencias a la condición femenina y honesta del sujeto pasivo en el delito de estupro"[620]. Esta última reforma también afectó a las disposiciones comunes, desapareciendo el cónyuge y el hermano de las personas legitimadas para denunciar, lo cual fue calificado por la doctrina como un avance hacia la desaparición de las connotaciones morales que vinculaban estos delitos con la reputación de las familias[621].

En 1980, un anteproyecto de Código Penal propuso por primera vez un cambio de rúbrica (proponía la creación de un Título III, denominado "delitos contra la libertad sexual")[622], pero continuaba contemplando a la mujer como único sujeto pasivo del delito de violación, lo cual reflejaba una concepción patriarcal de la sexualidad. Como acertadamente apreció ORTS BERENGUER, esta regulación "parte de una imagen de la mujer como sujeto inactivo para la sexualidad, pues se tiene por axioma oculto que no le corresponde una iniciativa sexual, que no es capaz de compeler al varón para el coito"[623]. Aunque el citado Anteproyecto no modificaba la perseguibilidad, algunas enmiendas al mismo pretendieron reformarla para que los delitos contra la libertad sexual fuesen perseguibles de oficio (así lo propuso la enmienda comunista número 1031 al Proyecto de 1980). No obstante, estas proposiciones fueron rechazadas[624].

---

[618] Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, "BOE" núm. 128, de 30 de mayo de 1978.

[619] Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, "BOE" núm. 243, de 11 de octubre de 1978.

[620] ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 317. *Vid.* también BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma…» cit., p. 1008.

[621] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 194; GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 453.

[622] *Vid.* Boletín Oficial del Estado, «Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, pp. 157 y ss.

[623] *Vid.* ORTS BERENGUER, E., *El delito de violación*… cit., pp. 101-102.

[624] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 189.

Unos años más tarde, mediante la LO 8/1983[625], se produjo una importante reforma en la materia que nos ocupa. Aunque la perseguibilidad permaneció inalterada, se introdujeron numerosas modificaciones en el perdón: la citada ley excluyó por primera vez su aplicación para el delito de violación[626]. Si bien continuó estando vigente para el resto de los delitos contra la honestidad, se redujo su operatividad hasta el momento en el que recayese sentencia en primera instancia, y se exigió que el tribunal supervisase su otorgamiento también cuando la víctima fuese mayor de edad. El perdón quedó regulado del siguiente modo (art. 443.4 y 5):

> "En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga Sentencia en la instancia, extingue la acción penal.
>
> Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.
>
> En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz no extingue la acción penal".

Durante la tramitación parlamentaria de esta reforma[627], algunos partidos reclamaron la supresión total del perdón en estos delitos ya que en ocasiones este se traducía en chantajes y presiones sobre las víctimas para que lo otorgaran (también preocupaba el riesgo de que fuera la víctima la que coaccionara al agresor mediante precio a cambio de perdonarlo)[628]. A favor de la derogación de esta figura se posicionaron el

---

[625] Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, "BOE" núm. 152, de 27 de junio de 1983.

[626] *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983,* Destino, Barcelona, 1983, p. 178; BOIX REIG, F. J., «Irrelevancia del perdón en el delito de violación», *Revista de la Universidad de Alicante*, n.º 3 y 4, 1984, pp. 69 y ss.

[627] Puede consultarse el debate parlamentario en RUIZ VADILLO, E., «El perdón en los delitos contra la honestidad», en: ARROYO ZAPATERO, L., BAJO FERNÁNDEZ, M., COBO DEL ROSAL, M. (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Penal: La reforma del código penal de 1983*, t. V, vol. II, Edersa, Madrid, 1985, pp. 969 y ss.

[628] Como han señalado SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, esto tenía como consecuencia que "los económicamente mejor situados podían eludir con más facilidad el ingreso en prisión mediante el pago de un precio pactado" (SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal: Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 260).

Grupo Centrista y el Grupo Socialista. El Grupo Popular defendía su supresión, pero proponía mantener el perdón presunto mediante matrimonio[629]. No obstante, finalmente estas propuestas no salieron adelante, por lo que simplemente se prohibió en la violación, al parecer por ser esta la conducta que generaba una mayor "reprochabilidad social"[630]. Ahora bien, la doctrina ha señalado que el verdadero motivo que había detrás de esta reforma era evitar posibles fraudes a la venidera ley del aborto[631]. En el resto de los delitos, se consideró suficiente limitarlo hasta el momento de la sentencia condenatoria y controlarlo judicialmente.

Hubo quienes tildaron esta reforma de "paternalista" argumentando que, si se había tomado la decisión político-criminal de establecer una perseguibilidad previa denuncia, no se podía convertir posteriormente al Estado en el tutor de las decisiones adoptadas por una persona mayor de edad[632]. Ahora bien, en relación con este tema debemos tener en cuenta que la perseguibilidad y el perdón obedecen, en realidad, a fundamentos político-criminales distintos, por lo que es posible defender la persecución

---

[629] Por su parte, la doctrina se preguntó si, tras la reforma, había desaparecido el perdón presunto mediante matrimonio. Aunque es cierto que el art. 443 ya no lo reconocía expresamente, nada impedía que, en la práctica, se pudiera continuar utilizando. No obstante, lo cierto es que finalmente esta modalidad de perdón presunto terminaría por ser expreso, pues con la nueva norma requería en todo caso la comunicación al tribunal. Así lo señala ORTS BERENGUER, E., «Capítulo XXXIX…» cit., p. 633. Sin embargo, RUIZ VADILLO interpretó que esta modalidad de perdón había desaparecido. *Vid.* RUIZ VADILLO, E., «El perdón en los delitos…» cit., pp. 982 y ss.

[630] En efecto, el diputado Vicente Antonio Sotillo expuso: "Nosotros, a la vista de los problemas que en la práctica suelen plantearse y de que la reprochabilidad social respecto al delito de violación tiene un carácter muy especial en nuestra realidad social, diríamos que este segundo tipo delictivo, es decir, en el caso de violación, el perdón no extingue la acción penal en ningún supuesto. En los demás, abusos deshonestos, rapto o estupro, puede extinguirse la acción penal […] hasta la sentencia en primera instancia, oído el Ministerio Fiscal y aprobado por el Tribunal competente". (Diario de Sesiones de 21 de abril de 1983, núm. 21). Dictamen de la Comisión 62/1950, Boletín Oficial del Congreso, II Legislatura, 10, II, 21 de abril de 1983. *Vid.* RUIZ VADILLO, E., «El perdón en los delitos…» cit., p. 972.

[631] En este sentido, SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO han apuntado que la supresión del perdón en el delito de violación se aprobó "precisamente para evitar denuncias falsas relacionadas con el supuesto de aborto no punible a consecuencia de tal delito" (SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal…* cit., p. 260).

[632] De esta opinión era el Grupo Vasco: "No hay ninguna razón válida para que el perdón del ofendido mayor de edad deba someterse a una ulterior aprobación, por cuanto ni el Ministerio Fiscal ni el Tribunal tienen por qué convertirse en árbitros de una libre decisión tomada por una persona con plena capacidad jurídica, en una materia que a ella le afecta esencialmente. El paternalismo o intervencionismo que rezuma el proyecto es incompatible con el principio de libertad propio de un Derecho Penal democrático. Podrá ser cuestionable la pervivencia o no de delitos semiprivados, pero si se toma la decisión político-criminal de reservar la persecución de cierto tipo de delitos a la instancia privada, no se puede convertir, en buena lógica, al Estado en tutor o censor de las decisiones que adopte una persona mayor de edad, sean cuales sean los móviles que la hayan guiado para tomarla" (RUIZ VADILLO, E., «El perdón en los delitos…» cit., p. 973).

previa denuncia y, sin embargo, rechazar la institución del perdón. En efecto, la doctrina mayoritaria fundamentaba la perseguibilidad semiprivada en la necesidad de preservar la intimidad de las víctimas y, sin embargo, consideraba que este argumento no era válido para justificar el perdón ya que, cuando entraba en juego su aplicación, la persecución penal ya se había iniciado y se ha producido el *strepitus fori*[633]. Además de ello, como ya se ha apuntado, diferentes voces venían denunciando que, en la práctica, se producía una "compraventa de perdones"[634], lo cual se traducía en chantajes y presiones sobre las víctimas, intensificándose la lesión[635].

Pues bien, estas críticas tuvieron como consecuencia que el perdón fuera definitivamente derogado unos años más tarde, mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, la cual constituye sin duda la más importante de todas las que se produjeron durante la transición en materia de delitos sexuales[636]. Como es sabido, con esta ley se puso fin a la tradicional denominación de los delitos sexuales como "Delitos

---

[633] En este sentido, ORTS BERENGUER afirma que "la figura del perdón en los delitos en los que es eficaz ha sido criticada doctrinalmente, por los inconvenientes que comporta, no compensado por razones de más o menos fuste, como las que cimientan que la perseguibilidad quede, en buena medida en manos del sujeto pasivo, como son el evitar que trasciendan los hechos y broten así los daños colaterales junto a los específicos del delito" (ORTS BERENGUER, E., «Capítulo XXXIX…» cit., p. 634). De esta opinión es DÍEZ RIPOLLÉS, que además alude a que el perdón "descabala cualquier efecto preventivo-general al observar la sociedad cómo conductas delictivas de las que ha pasado a tener conocimiento quedan en manos de las apetencias de un particular en cuanto a su averiguación y castigo" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 194).

[634] Emplean este término MORALES PRATS, F., GARCIA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes a los artículos anteriores (arts. 191 a 194)», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 1402.

[635] Asimismo, como ya hemos apuntado, estas coacciones también podían producirse sobre el agresor. *Vid.* BOIX REIG, F. J., VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 157-158. Posteriormente la doctrina ha continuado haciendo referencia al argumento de las coacciones que pueden sufrir ambas partes para fundamentar la prohibición del perdón. *Vid.* SOLAZ SOLAZ, E., «Algunas especialidades en el proceso penal por delitos sexuales», en: ROIG TORRES, M., *Tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 62; CUGAT MAURI, M., «Lección 21ª: Disposiciones comunes a los delitos sexuales», en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHER, A. (Coords.), *Derecho penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 718; GÓMEZ INIESTA, D. J., «CAP VI: Disposiciones comunes a los artículos anteriores», en: ARROYO ZAPATERO, L. A., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J. R., TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 463.

[636] *Vid.*, entre otras, BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma…» cit., p. 1007; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos sexuales», en: DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 359; ACALE SÁNCHEZ, M., «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas…», cit., p. 226; FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma…» cit., pp. 256 y ss.

contra la honestidad", pasando a ser denominados "Delitos contra la libertad sexual"[637]. Junto al cambio de rúbrica, se modificó el sujeto pasivo del delito de violación, permitiéndose por primera vez que también pudiese serlo un hombre[638]. Como consecuencia, tras esta reforma desaparecieron los abusos deshonestos, que pasaron a ser denominados agresiones sexuales[639]. Además, se derogó el delito de escándalo público, con la correlativa introducción de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 431)[640].

Las disposiciones comunes también fueron modificadas mediante la reforma de 1989. El art. 443 del Código penal de 1973 quedó redactado de la siguiente forma:

> "Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará la denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se trata de menores o incapaces.
>
> En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase".

Esta regulación de la perseguibilidad y el perdón presentaba, no obstante, algunas deficiencias. Por un lado, el art. 443 continuaba empleando la expresión "bastará la

---

[637] Con carácter general, esta reforma fue acogida favorablemente por la doctrina (*vid.* BOIX REIG, F. J., VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., *La reforma penal de 1989…* cit., pp. 135-136). Sin embargo, hubo algún autor que mantuvo una opinión disidente en cuanto al cambio de rúbrica. Mantuvo esta opinión, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, que entendía que la libertad sexual no era "el único ni siquiera el más importante de los bienes jurídicos que en todo el título vienen en consideración", sino que se trataban de delitos contra la moral sexual. *Vid*. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial, Apéndice (Puesta al día de la 7ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 18.

[638] Art. 429 CP 1973, tras la LO 3/1989: "La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal *con otra persona*, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación.; 2. Cuando la persona se hallare privada de razón o de sentido o cuando se abusare de su enajenación; 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". Por lo que se refiere al sujeto activo, algún autor continuaba defendiendo que debía ser en todo caso un hombre, lo cual fue rechazado por la doctrina mayoritaria y, finalmente, por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1990, de 1 de octubre. *Vid.* FARALDO CABANA, P., «Evolución del delito de violación…» cit., pp. 51 y ss.

[639] Art. 430 CP 1973, tras la LO 3/1989: "Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios".

[640] La reforma del delito de escándalo público se produjo en realidad un año antes, a través de la LO 5/1988, de 9 de junio.

denuncia", la cual daba entender la existencia de una vía distinta, por lo que se recomendó que dicha expresión fuese sustituida por la de "será precisa" o "será necesaria denuncia"[641]. Por otro, la reforma de 1989 permitió que Ministerio Fiscal interviniera en los supuestos de víctimas menores de edad o con discapacidad, pero no se refirió a la situación de desvalimiento. Por último, en relación con la prohibición expresa del perdón, esta disposición entraba en contradicción con el artículo 112.5 CP 1973, cuyo contenido afirmaba que el perdón extinguía la responsabilidad criminal cuando la pena se hubiera impuesto por delitos perseguibles mediante denuncia o querella[642]. Todos estos defectos de técnica legislativa serán subsanados por el legislador de 1995.

La doctrina mayoritaria se posicionó a favor de la abolición del perdón pues, como se acaba de exponer, se venía solicitando desde la modificación de 1983[643]. No obstante, hubo quienes criticaron la reforma, por entender que podía afectar desfavorablemente a las víctimas al impedirles la posibilidad de retirarse del proceso[644]. En esta línea, ORTS BERENGUER, hizo hincapié en la "absoluta desprotección en que se deja a la intimidad, al retirar a la persona agraviada, en todo caso, cualquier posibilidad de paralizar el proceso y la correlativa publicidad"[645].

---

[641] *Vid.* ORTS BERENGUER, E., «Disposición común (art. 443)», en COBO DEL ROSAL, M., BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coords.), *Comentarios a la legislación penal: La Ley Orgánica de 21 de junio dde 1989 de actualización del Código Penal*, t. XIV, vol. I, Edersa, Madrid, 1992, p. 479.

[642] *Ibidem.* No obstante, el problema podía resolverse entendiendo que el art. 443 era la ley específica respecto de la general del perdón (art. 112.5), por lo que prevalecía por la regla de la especialidad. *Vid.*, en este sentido, BOIX REIG, F. J., «Irrelevancia del perdón…» cit., p. 70.

[643] *Vid.*, MORALES PRATS, F., GARCIA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes a los artículos anteriores…», cit., p. 1402; MUÑOZ CONDE, F., «Delitos contra la libertad sexual», en: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 42.

[644] En este sentido, DIEZ-RIPOLLÉS afirma que "aunque la mayoría de la doctrina apoyó la supresión plena del perdón en estos delitos, no faltaron ni faltan quienes estiman que debiera haberse mantenido un cierto margen de eficacia de él, incluso a través del perdón presunto ejemplificado en el matrimonio con el ofensor. A mi juicio, sin embargo, los argumentos contrarios al perdón ya vistos se refuerzan aún más en la modalidad presunta, si pensamos que su mantenimiento supone la persistencia de una absoluta desfasada consideración de la mujer, según la cual precisaría del matrimonio con su agresor para superar la estigmatización social que como víctima adquiriría, que, si tuvo quizás cierta correspondencia social en otras épocas, ahora carece de cualquier apoyo sociológico" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, vol. II, 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 586).

[645] ORTS BERENGUER, E., «Disposición común…», cit., p. 480. En un sentido similar, *vid.* BOIX REIG, F. J., VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., *La reforma penal de 1989…* cit., p. 158; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal…* cit., p. 260.

La reforma también fue cuestionada desde posicionamientos feministas críticos con el sistema penal: LARRAURI afirmó que "solo quien no tiene ninguna duda en que el Estado sabe siempre y en todo momento que es lo mejor para la mujer valorará esta reforma como enteramente positiva. Yo, que carezco de esta confianza en el Estado, observo cómo la pretendida mayor protección que se concede a la mujer se logra a costa de anular su capacidad de decisión"[646]. La autora advertía de que, aunque se elimine el perdón, la víctima puede ser objeto de presiones para que cambie su testimonio, por lo que hubiera resultado más acertado castigar en este precepto el ejercicio de coacciones destinadas a obtener el perdón. Asimismo, apuntó que la expresión "venta de perdones" tiene una carga peyorativa, no siendo necesariamente negativo que una mujer prefiera una reparación económica a una pena de prisión[647].

X. CONCLUSIONES

Como ha formulado con acierto ACALE SÁNCHEZ, "la historia de los códigos penales españoles es un ejemplo perfecto de cómo la ley penal ha sido puesta al servicio del patriarcado para conseguir el objetivo de negar la dignidad personal a las mujeres, estereotipando de forma interesada una determinada imagen femenina a la que protegía más que como persona, por ser madre, esposa o hija"[648]. En este sentido, BOIX REIG señala que, en los delitos contra la honestidad, "bajo el espejismo de protección de la mujer", se protegía una moral social determinada: "se asistía a un cierto proceso de

[646] Esta autora considera que la figura del perdón es importante porque un alto número de delitos sexuales se producen entre personas conocidas. Por ello, entiende que en estos casos "la mujer puede y debe tener la posibilidad de jugar un rol activo, sin que, tan pronto haya realizado la denuncia, sea reducida a mera espectadora de su caso". *Vid.* LARRAURI, E., «Control formal…» cit., pp. 94 y ss. *Vid.* también VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*, Universidad del País Vasco, 1997, p. 640.

[647] "Y ello no por meras consideraciones mercantilistas, como se acostumbra a dar a entender, sino porque determinadas violaciones no tienen para la propia víctima una gravedad tal que justifique doce años de cárcel, en otros casos porque la mujer prefiere verse compensada materialmente, o sencillamente porque está en contra de la cárcel" (LARRAURI, E., «Control formal…» cit., p. 95).

[648] ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de la violencia sexual…» cit., p. 71.

cosificación de la mujer que atendía a intereses en no pocas ocasiones distintos a los propios e inherentes a la condición de persona"[649].

El estudio de la perseguibilidad de los delitos sexuales durante los siglos XIX y XX permite concluir que esta servía a una mejor protección de este bien jurídico: "la honestidad". Aunque este término no aparecerá expresamente en la rúbrica del texto punitivo hasta 1848, en el Código Penal de 1822 ya se puede apreciar que este era el objeto de protección, pues se castigaban más gravemente los ataques sexuales cometidos hacia mujeres casadas y "de buena reputación", mientras que los delitos contra "mujeres públicas" eran tipos atenuados o, directamente, quedaban impunes. Ahora bien, la violación cometida por el marido se entendía que no era punible (según las concepciones sociales de la época, el hombre estaba haciendo uso de un derecho legítimo al agredir sexualmente a su esposa, por lo que parece que la mujer perdía su libertad sexual al contraer matrimonio). El artículo 135 del primer Código penal español establecía como delitos "privados" el adulterio y los estupros cometidos contra mujeres casadas (por aquellos que no fuesen sus maridos). El objetivo de estos delitos no era otro que el de satisfacer al *pater familias* que debía velar por la tranquilidad y el orden familiar. Es lógico, por tanto, que se dejara en manos de este la decisión de acudir o no al proceso penal (el CP de 1822 establecía expresamente como sujetos legitimados para acusar tanto a la mujer como a su esposo).

Si bien en este primer Código no se recogía expresamente el delito de violación, que quedaba incluido dentro del rapto (perseguible de oficio), a partir de 1848 se reguló de forma separada, requiriendo que se produjera el yacimiento con una mujer (es decir, el acceso carnal por vía vaginal), de manera que las conductas que no podían encuadrarse en esta definición eran castigadas como abusos deshonestos. Así permaneció la regulación de los delitos sexuales hasta la reforma penal de 1989(¡!). Por lo que se refiere a la perseguibilidad, llama la atención que, mientras que para la persecución de los delitos de violación, rapto y estupro se exigía el impulso de la persona agraviada, en los abusos deshonestos se procedía de oficio. Este trato diferenciado estuvo vigente hasta la aprobación del CP de 1944 (con excepción de la extraña regulación que recibieron en

[649] *Vid.* BOIX REIG, J., «De la protección de la moral…» cit., pp. 12-13. En el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso político», en: RINCÓN, A. (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde: Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp. 50 y ss.

1928, que perseguía previa solicitud de la víctima únicamente los abusos deshonestos heterosexuales y entre mujeres sin mediar publicidad o escándalo).

El Código penal de 1848 estableció que era necesaria la querella de la víctima, lo cual fue criticado por la doctrina por lo que, tras una reforma posterior, los delitos de rapto y violación pasaron a requerir simplemente una denuncia, mientras que el estupro continuó persiguiéndose mediante querella. Según los comentaristas de la época, en todas estas figuras debía respetarse "la paz de las familias", ya que este interés era "uno de los primeros elementos del orden social" que debía prevalecer sobre las necesidades retributivas y preventivas. Sin embargo, dado que los delitos de violación y rapto se consideraban más graves y generaban una mayor alarma social, era preferible no obligar a las víctimas a sostener una acusación, por lo que la exigencia de querella se estimaba excesiva. Además de ello, se decía que en estos delitos la honestidad no era el único bien jurídico protegido, sino que se afectaba también a la seguridad personal y pública, lo cual recomendaba una flexibilización de los requisitos de perseguibilidad.

Este trato diferenciado del estupro tuvo como resultado algunos inconvenientes. El Código penal de 1848 (y posteriormente los de 1850 y 1870) contemplaba la posibilidad de que se procediera de oficio en el caso de personas que no pudieran denunciar ("por su edad o estado moral") y no contasen con familiares que lo hiciesen por ellas (es decir, fueran víctimas "desvalidas"). Sin embargo, esta posibilidad quedaba limitada a aquellos casos de ausencia de familiares "que denuncien" y no "que se querellen", lo que implicaba que los casos de estupro contra víctimas desvalidas no pudieran ser perseguidos. Esta laguna legal fue denunciada por la doctrina y finalmente fue modificada en los Códigos de 1928 y 1944, que dejaron de exigir querella en el delito de estupro. En relación con este tema, algunos autores sugirieron que también se consultase a las víctimas desvalidas su voluntad sobre el inicio del proceso penal y se valorase el daño que este podía ocasionarles. Como se verá en el capítulo siguiente, esta cuestión continúa siendo problemática en la regulación actual.

Junto con la regulación de la perseguibilidad, no debe perderse de vista que esta se complementaba con la plena operatividad del perdón, de manera que la víctima podía poner fin al procedimiento mediante el avenimiento con el autor. Un análisis de la doctrina sobre esta cuestión muestra, como ha señalado BOIX REIG, que existía una concepción

"matrimonialista" del sexo[650]. Es decir, que el único fin de las relaciones sexoafectivas era el matrimonio, que además era entendido como un método para distribuir las propiedades, las herencias y los cargos. Por ello, la doctrina mayoritaria entendía que los familiares de las víctimas debían aceptar el perdón, no siendo suficiente con que los arribistas lo pidiesen o las mujeres lo concedieran.

Con la llegada de la democracia y tras la aprobación de la Constitución en 1978, se sucedieron diversas reformas que trataron de adaptar la legislación penal a los avances feministas que se estaban produciendo en la sociedad. Por primera vez, tras la reforma penal de 1989, desapareció de nuestro Código penal la referencia a la honestidad –en la Segunda República se derogó el adulterio, pero los demás delitos contra la honestidad mantuvieron la misma regulación que en 1870–. Estos avances tuvieron como consecuencia la desaparición del perdón, que venía siendo cuestionado tanto por la doctrina como por diferentes grupos políticos. Sin embargo, hubo quien tildó esta reforma de "paternalista", por eliminar la capacidad de decisión de las víctimas de violencia sexual, y algunas voces advirtieron de las posibles consecuencias que esta reforma podía acarrear para su derecho a la intimidad.

No obstante, ninguna de estas modificaciones afectó a la perseguibilidad y, como se verá en el capítulo siguiente, hasta 1995 no se modificó esta regulación. Aunque algunas voces han reivindicado la total *publificación* de estos delitos, con carácter general parece que la perseguibilidad no ha contado con la atención (política y doctrinal) que, por otro lado, sí obtuvo el perdón. Sin embargo, en otros países de nuestro entorno, como en Italia, el debate sobre la perseguibilidad de la violencia sexual fue mucho mayor a partir de los años ochenta. Estas cuestiones serán analizadas en el Capítulo V, donde trataremos de responder a si la perseguibilidad privada trasluce una determinada concepción sobre la sexualidad de las mujeres o es compatible con varias diferentes.

[650] *Vid.* BOIX REIG, J., «De la protección de la moral…» cit., p. 15. Sobre este tema, *vid.* COONTZ, S., *Historia del matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio,* Gedisa, Barcelona, 2006.

CAPÍTULO CUARTO. LA PERSEGUIBILIDAD DE LOS DELITOS SEXUALES EN LA ACTUALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se ha estudiado que, a finales del siglo XX, se derogó la figura del perdón en los delitos sexuales, pues se consideró que no podía quedar en manos de la víctima la decisión sobre el castigo del autor una vez se ha iniciado un proceso penal contra él (esta prohibición quedó recogida en el artículo 191.2 del CP de 1995). Sin embargo, la persecución semipública parece que no fue cuestionada, por lo que las distintas reformas que se sucedieron durante los años ochenta mantuvieron la exigencia de denuncia en este ámbito[651].

El objetivo del presente capítulo es analizar la perseguibilidad de los delitos sexuales en la actualidad, la cual se estableció en el artículo 191.1 del Código Penal en 1995, constituyendo una disposición común que ha permanecido inalterada desde entonces. En primer lugar, se expone el debate parlamentario que condujo a la introducción de este precepto, y observaremos que el legislador trató de *publificar*, de algún modo, la persecución penal de estos delitos. A continuación, se estudia detenidamente el contenido del artículo, que establece diferentes regímenes procesales en función de las características de la víctima, exponiendo las dudas que suscita y cómo está siendo aplicado en la práctica por los tribunales.

Como se expuso en el Capítulo II, tras la reforma de 1995, los delitos de agresión, abuso y acoso sexuales pasaron a ser *cuasipúblicos* al incorporar la posible iniciación a instancia del Ministerio Fiscal previa realización de un juicio de oportunidad. No obstante, en las páginas que siguen se verá que, en la práctica, se sigue otorgando un gran peso a la voluntad de la víctima sobre el inicio y la continuación del proceso penal, por lo que, *de facto*, estos delitos continúan siendo *semipúblicos puros*.

[651] Lamenta que "la necesaria y completa *desprivatización* de estos delitos no tuvo lugar de forma coetánea a la propia reforma de 1989": ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 318.

II. EL ARTÍCULO 191 DEL CÓDIGO PENAL: UNA SOLUCIÓN INTERMEDIA

La regulación actual de la perseguibilidad de los delitos sexuales es fruto del debate parlamentario que tuvo lugar durante la tramitación del Código Penal de 1995. Tanto los proyectos de Código penal como la redacción original del texto de 1995 reproducían la norma que había quedado sentada tras la reforma de 1989: se exigía la denuncia como condición de procedibilidad y se prohibía el perdón en todo caso. Por tanto, el artículo 184 del Proyecto de Ley de 1994 rezaba así:

> "Pará proceder por los delitos de abusos y agresiones sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal.
> En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase"[652].

Como puede apreciarse, ya no se hace referencia a los delitos de violación, rapto y estupro, pues todas estas denominaciones se suprimieron en el nuevo Código. El legislador de 1995 dividió los delitos sexuales en función del medio comisivo empleado: si el autor utilizaba violencia o intimidación, el hecho era constitutivo de un delito de agresión sexual y, si no se daban estos elementos, se aplicaba el abuso[653]. Los antiguos estupros pasaron a ser denominados "abusos sexuales", quedando bajo esta nueva figura los casos de abuso de superioridad y de engaño. Asimismo, el supuesto de privación de sentido, que tradicionalmente se ubicaba en el delito de violación, en el Código penal de 1995 pasará a ser considerado abuso[654]. Además de ello, la palabra "violación" despareció

---

[652] Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994).

[653] Puede consultarse un análisis de la regulación de los delitos sexuales a partir de 1995 en: ACALE SÁNCHEZ, M., «La reforma del delito de agresiones sexuales: Un apunte relevante en nuestra agenda política», en: LEÓN ALAPONT, J. (Dir.), *Temas clave de derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España*, Bosch, Barcelona, 2021, pp. 69 y ss.

[654] *Vid.*, ampliamente, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., DEL MOLINO ROMERA, M., «Agresión y abusos sexuales…» cit., pp. 231 y ss.

en 1995 (prefiriéndose el término "agresión sexual")[655], pero fue reintroducida en 1999[656]. Como ya se anotó en el Capítulo I, la LOGILS ha modificado la tradicional distinción según el medio comisivo, eliminando el abuso sexual y considerando agresión sexual "cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento" (art. 178 CP)[657].

Pero volvamos a 1995 para analizar el debate parlamentario que se produjo sobre la perseguibilidad: en el proceso de presentación de enmiendas, el Grupo Parlamentario Vasco propuso la supresión del citado artículo 184, justificándola en "la conveniencia de que se elimine la necesidad de que en los delitos contra la libertad sexual sea exclusivamente la víctima o su representante legal el denunciante"[658]. En mi opinión, resulta llamativo que este grupo parlamentario solicitase la persecución pública ya que, como se ha visto en el capítulo anterior, consideraba que prohibir el perdón en estos delitos era excesivamente intervencionista y paternalista. En efecto, en la reforma de 1983 defendió que "si se toma la decisión político-criminal de reservar la persecución de cierto tipo de delitos a la instancia privada, no se puede convertir, en buena lógica, al Estado en tutor o censor de las decisiones que adopte una persona mayor de edad"[659]. Ahora bien, también es cierto que, según esta tesis, que aprecia una continuidad entre las condiciones

---

[655] Según FARALDO CABANA, la palabra "violación" se suprimió "sobre la base de que tradicionalmente se equiparaba a la penetración vaginal, lo que suponía una forma de protección basada en un concepto de sexualidad conectado con la función reproductora de la mujer, temiendo el legislador que su uso pudiera suponer una rémora en la interpretación de los preceptos y una invitación a seguir sosteniendo posiciones jurisprudenciales retrógradas" (FARALDO CABANA, P., «Razones para la reforma del delito de violación», en: BARONA VILAR, S. (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 184).

[656] A través de la LO 11/1999, se reintrodujo el término en el art. 179 CP. Según BOIX REIG y ORTS BERENGUER, el regreso del término "representa un gesto –un gesto nostálgico, cabría añadir– mediante el cual ha querido recuperar una palabra perteneciente a nuestra tradición jurídica" (BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma…» cit., p. 1017).

[657] La LOGILS ha supuesto la rebaja de algunas condenas, lo que ha generado una gran alarma social que ha tenido como consecuencia que esta modificación haya sido objeto de una contrarreforma a través de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, en la que se introduce una mayor penalidad cuando los hechos se cometen "empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad" (art. 178.3 CP). *Vid*., entre otras, CARBONELL MATEU, J. C., «Autodeterminación personal y dignidad: una legislación en consolidación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 49, 2023, pp. 135 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, 2023, pp. 31 y ss.; MAGRO SERVET, V., «La nueva Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de delitos sexuales: la reforma de la reforma», *Diario La Ley*, n.º 10281, 2023, pp. 1 y ss.

[658] Enmienda n.º 48 presentada por el Grupo Vasco (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 77-6, 6 de marzo de 1995, p. 114).

[659] *Vid.* capítulo anterior (nota 630).

de procedibilidad y el perdón, resulta lógico que se solicitase la supresión de las primeras si ya se había derogado el segundo. Sin embargo, no se termina de comprender por qué esto no sería también "paternalismo penal" hacia las víctimas de violencia sexual.

Aunque esta enmienda no fue defendida por el grupo parlamentario que la presentó, el Grupo Socialista la apoyó oralmente ante el Congreso. El diputado Diego López Garrido propuso que las agresiones y los abusos sexuales se convirtiesen en delitos totalmente públicos, por los siguientes motivos:

> "Nos parece que hay que ir eliminando esto de los delitos privados. Este tipo de delitos, especialmente graves y repugnantes, no pueden estar al albur en este caso sí posible de una coacción a la víctima para que no denuncie los hechos. Son además delitos que en muchas ocasiones se producen en eso que yo he llamado alguna vez la violencia invisible, esa violencia que produce en el interior de las casas o de las habitaciones, que no se denuncia, que no se persigue, que se guarda, incluso por represión, o por presión social o individual, y que no puede estar por su gravedad a expensas de la mera denuncia de la persona agraviada"[660].

Al día siguiente, el diputado Pedro Jover Presa (miembro de Convergencia Socialista de Cataluña) expuso que, aunque su grupo se posicionaba a favor de la enmienda del Grupo Vasco, seguía observando en ella algunas cuestiones problemáticas:

> "Es verdad que la exigencia de denuncia previa, como requisito para proceder contra estos delitos, a veces puede jugar de manera contraria a la posible persecución del delincuente, porque puede haber coacciones y cosas por el estilo. Esto es cierto, pero el señor enmendante y el señor López Garrido, que ayer la defendió, no han tenido en cuenta, creo yo, suficientemente la razón de ser de esta exigencia que ya está en el Código actual, y es sencillamente que en estos casos fundamentalmente de lo que se trata es de proteger el derecho a la intimidad, que es un derecho constitucional, de la persona agraviada; si no quiere denunciar el hecho voluntariamente, porque prefiere libremente que no se organice un proceso en torno a este problema, por las razones que ella tenga, nos parece un poco fuerte

[660] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión núm. 63 celebrada el jueves 1 de junio de 1995 (BOCG, Congreso, V legislatura, núm. 506), pp. 15403-15404.

que, en contra incluso de su propia voluntad, porque no ha querido denunciar, se admita un procedimiento puramente de oficio.

Por otra parte, a nadie se le escapa que la introducción de esta enmienda no tendrá efectos prácticos evidentes, porque es muy difícil perseguir un delito de éstos si no ha habido denuncia de la parte agraviada. Por lo general, son delitos que se realizan en privado, que no se realizan en público, y que o lo conoce la parte agraviada, o no lo conoce nadie, en la mayoría de casos. De manera que parece cierto que la importancia será menor"[661].

A continuación, el diputado aludió también a que en ocasiones las denuncias se llevan a cabo "en un momento de exacerbación" y que suelen ser contra personas del entorno de la víctima (como el novio o el marido), por lo que unos días después las víctimas pueden arrepentirse de la denuncia[662].

Como consecuencia de esta intervención, el Grupo Socialista se replanteó su postura y el diputado López Garrido propuso la siguiente solución intermedia:

"El señor Jover […] ha expresado un argumento, que nos parece razonable, en el sentido de que este tipo de delitos en ocasiones, por su carácter de delitos que afectan a la intimidad, no deberían dejarse del todo abiertos a una perseguibilidad total, sino que habría que tener en cuenta también los intereses de la víctima.

Nosotros entendemos que, como primera medida, hay que ampliar las posibilidades de denuncia de estos delitos. Me reitero en lo que señalé ayer. El conjunto de este tipo de delitos, según las estadísticas más o menos rudimentarias que existen al respecto […] es muy numeroso, la mayoría no denunciados, sobre todo los que se producen en el interior de las familias.

Este tipo de delitos es muy espectacular, pero la verdad es que la inmensa mayoría de ellos no se denuncia porque se produce en el interior de las familias y tiene carácter infamante porque el hecho de que las personas, víctima y autor del delito, tengan que seguir viviendo juntas en lo sucesivo hace muy complicado conocer la existencia misma de esos delitos y, además, la presión, la coacción sobre la víctima se hace especialmente fuerte porque es muy vulnerable, dada esa relación

[661] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión núm. 64 celebrada el viernes 2 de junio de 1995 (BOCG, Congreso, V legislatura, núm. 510), p. 15487.

[662] *Ibidem.*

familiar. Por eso es por lo que hay que abrir las posibilidades de denuncia de esos delitos, es fundamental.

Ahora bien, es cierto que, en ocasiones, una apertura excesiva pudiera perjudicar innecesariamente a la víctima. Por eso es por lo que nosotros, atendiendo a esta argumentación que señala el señor Jover, vamos a presentar una enmienda transaccional en la cual yo creo que se pueden recoger las preocupaciones expresadas tanto por este Grupo como por el señor Jover, en el sentido de que pudiera denunciarse el hecho y perseguirse, por tanto, a instancias del ministerio fiscal, sólo a instancias del ministerio fiscal, ponderando los intereses que hubiera en presencia. Es decir, la propuesta nuestra consistiría en que el artículo 184 dijera lo siguiente: "Para proceder por los delitos y agresiones sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada o (y aquí viene la modificación) acusación del Ministerio Fiscal, ponderando los intereses en presencia." Y luego se diría lo mismo: "Cuando la persona agraviada sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, el representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal".

Es decir, en este caso, lo que haríamos sería limitar la denuncia al ministerio fiscal, por tanto, no a cualquier persona, sino sólo al ministerio fiscal, y además no tendría obligación el ministerio fiscal de presentar la querella correspondiente, sino que podría ponderar los intereses en presencia y, en algún caso, ante los intereses en presencia, podría el ministerio fiscal decidir que es mejor no presentar la querella.

Yo creo que esta fórmula podría reunir todas las condiciones de que se pretende revestir este tipo de denuncia para que, por un lado, pueda haber una espita, es decir, pueda entrar aire fresco en este tipo de delitos que, en su inmensa mayoría, no se denuncian porque se coacciona a la víctima, además, para que no denuncie, y, por otra parte, que tampoco sea abierta la denuncia, de tal forma que pueda en algunos casos perjudicarse gravemente a la víctima. Por tanto, vamos a proceder a la entrega a la mesa de esta enmienda transaccional, que esperamos pueda ser apoyada por el resto de los Grupos"[663].

[663] *Ibidem*, p. 15491.

Esta enmienda transaccional fue finalmente secundada por el resto de los grupos parlamentarios y, por primera vez, se introdujo en nuestra legislación la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inicie el proceso penal en el caso de víctimas mayores de edad, sin discapacidad, ni desvalidas. No se produjo una total *publificación*, sino que la regulación continúa exigiendo la denuncia de la víctima o de su representante legal y, junto a los mismos, se establece la posibilidad de que el fiscal promueva la acción penal "ponderando los legítimos intereses en presencia"[664]. Este particular régimen de persecución quedó finalmente recogido en el artículo 191.1 del Código penal, en cuyo análisis se centran las páginas que siguen.

Con carácter general, la reforma fue acogida favorablemente por la doctrina. Así, por ejemplo, SILVA CASTAÑO afirma que "la nueva regulación pretende alejarse de la tradición acertadamente, orientándose a recortar cada vez más la privatización del *ius persequendi*"[665]. En la misma línea, DÍEZ RIPOLLÉS ha señalado que el artículo 191.1 CP "constituye un nuevo y acertado avance en la paulatina transformación de estos delitos en preceptos públicos perseguibles de oficio"[666]. De la misma opinión son MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, que califican esta nueva cláusula como "novedosa y oportuna"[667].

Sin embargo, un sector doctrinal minoritario ha criticado la posibilidad de que pueda iniciarse el proceso penal a instancia del Ministerio Fiscal en contra de la voluntad

---

[664] Sin embargo, el art. 191 supuso dar "un paso de gigante en el camino de la publificación de los delitos sexuales" (FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública de los procesos por delitos sexuales», *Anuario de Derecho Penal*, n.º 1999-2000, 2000, p. 10). Emplean la expresión "publificación", entre otras, LIBANO BERISTAIN, A., «El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte», *Revista de Derecho Penal*, n.º 34, 2011, p. 77; ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., p. 54.

[665] SILVA CASTAÑO, M. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los artículos anteriores: Artículos 191 a 194», en: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo VI, Edersa, Madrid, 1999, p. 765. Aluden también a la "desprivatización": AGUADO LÓPEZ, S., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: BOIX REIG, F. J. (Coord.*), Derecho Penal: Parte Especial*, Iustel, Madrid, 2016, p. 456; ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 32.

[666] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 557. En la misma línea, BEGUÉ afirma que la posibilidad de que el Ministerio Fiscal ejerza la acción penal "es, sin lugar a dudas, un considerable avance en la progresiva eliminación de los delitos privados y semipúblicos" (BEGUÉ LEZAÚN, J. J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Ley Orgánica 11/99*, de 30 de abril, Bosch, Barcelona, 1999, p. 229). *Vid.* también ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 318 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C., «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996, p. 61.

[667] MORALES PRATS, F., GARCIA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes a los artículos anteriores…» cit., p. 1401.

de la persona agraviada. En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ considera que esta disposición supone una "muestra de estado paternalista" que "infligirá a la víctima más daño del que se quiere reparar"[668]. A mi juicio, esta postura sería correcta si se entiende que el artículo 191.1 CP permite actuar al Ministerio Fiscal incluso perjudicando los intereses de la víctima. Sin embargo, como se verá en las páginas que siguen, esta interpretación supondría desoír el fundamento jurídico del instituto objeto de examen.

Pues bien, a pesar de que los delitos contra la libertad sexual son de los que más reformas han sufrido desde la aprobación del Código Penal en 1995[669], la perseguibilidad es una cuestión que ha permanecido inalterada[670] y poco discutida en la doctrina penal. Sin embargo, sí hay cada día una mayor conciencia sobre que el proceso penal en este tipo de delincuencia puede ser particularmente perjudicial para las víctimas. Así lo evidencia, por un lado, el hecho de que se hayan realizado numerosos estudios sobre por qué las víctimas no denuncian, cuáles son sus necesidades y si es posible satisfacerlas al margen del proceso penal[671]. Y en segundo lugar, muchas de las reformas que se han introducido en los últimos años se encuentran estrechamente vinculadas con la cuestión de la denuncia y tratan de mejorar la asistencia de las víctimas de violencia sexual tanto dentro como fuera del proceso penal[672]. El ejemplo más claro de ello es el conjunto de

---

[668] QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 265.

[669] Como indica CANCIO MELIÁ, "las modificaciones que ha sufrido este grupo de infracciones alcanzan un número, profundidad y rapidez especialmente marcados en el caso del ordenamiento jurídico-penal español, hasta el punto de que puede afirmarse que han estado sometidas en los últimos años a una verdadera *cascada de cambios*" (CANCIO MELIÁ, M., «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011, p. 5). *Vid.* también CUERDA ARNAU, M. L., «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 2 y ss.

[670] Llaman la atención sobre que la perseguibilidad se conserve intacta a pesar de las numerosas reformas: CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 744; LIBANO BERISTAIN, A., «El régimen procesal de los delitos sexuales…» cit., p. 77.

[671] A modo de ejemplo, pueden consultarse: TARDÓN RECIO, B., PÉREZ VIEJO, J., MATEOS CASADO, C., «Atención sin daño, acompañamiento y reparación de las violencias sexuales contra las mujeres: hacia un modelo de respuesta crítico holístico», *Methaodos. revista de ciencias sociales*, vol. 10, n.º 1, 2022, pp. 15 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., ABAD GIL, J., HERNÁNDEZ-HIDALGO, P., «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología*, n.º 2, 2015, pp. 28 y ss.

[672] En este sentido, el preámbulo del EV señala expresamente que "la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima" (FJ III). *Vid.*, ampliamente, los derechos procesales y no procesales de las víctimas en: GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 234 y ss.

medidas que introduce la LOGILS, que prevé que diferentes organismos puedan acreditar la existencia de violencias sexuales (art. 37 LOGILS) y, como ya se dijo en el Capítulo II (V.1), regula expresamente que "la recogida de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, que se realizará previo consentimiento informado, no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal" (art. 48 LOGILS).

La reciente reforma de los delitos contra la libertad sexual no ha modificado el régimen de persecución de estos delitos, pero sí que ha reavivado el antiguo debate sobre esta cuestión. Las propuestas parlamentarias y doctrinales que apuestan por convertir los delitos sexuales en delitos totalmente públicos serán analizadas en el capítulo siguiente. Por el momento, este capítulo se centra en estudiar con detenimiento el artículo 191 del Código penal, para conocer la regulación actual, así como su aplicación en la práctica.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 191 se ubica en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores", lo cual conduce a pensar que se establece un mismo régimen de persecución para todos los delitos recogidos en el citado título. Sin embargo, el artículo 191.1 solo alude a los delitos de agresiones y acoso sexuales:

> "Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal".

Los abusos sexuales también estaban incluidos en este precepto hasta su desaparición debida a la reforma de 2022, por lo que se afirmaba que el artículo 191.1 afectaba a la "triple A del sexo" (es decir, a los delitos de agresión, abuso y acoso

sexuales)[673] –el delito de acoso sexual no se encontraba recogido inicialmente en el art. 184 del Proyecto del Código penal de 1994, pero finalmente fue incluido por el legislador de 1995 en la disposición común[674]–. Como consecuencia, la condición de procedibilidad no se aplica a los delitos relativos al exhibicionismo y provocación sexual, así como tampoco a los de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores[675]. En efecto, al no haber mención expresa a estos delitos en el art. 191.1, son perseguibles de oficio y totalmente públicos, lo que plantea la duda sobre cuáles han sido los criterios empleados por el legislador para hacer tal distinción.

La doctrina ha señalado que faltan elementos que justifiquen este tratamiento desigual y, por tanto, ha defendido que todos los delitos sexuales deberían ostentar un mismo régimen de perseguibilidad. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que "la progresiva unificación del bien jurídico en torno al concepto de libertad sexual individual hace que ya no sea tan fácil de fundamentar la diferencia entre el carácter semiprivado o público de unos u otros"[676]. Según este autor, era distinto cuando algunos delitos tenían como función la protección de la moral sexual colectiva (prostitución, escándalo público, etc.), mientras que en los afectados por la exigencia de denuncia "a lo anterior se añadía un componente complementario de protección del pudor o incluso de la libertad sexual individuales"[677]. Asimismo, añade que, si el objetivo de los mecanismos de perseguibilidad semipública es evitar la victimización secundaria, no se comprende por qué se excluyen de entre ellos los delitos relativos a la prostitución. Por último, DÍEZ RIPOLLÉS considera que la exclusión de la prostitución del art. 191.1 CP hace que

---

673 Expresión de DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, p. 613, empleada por LIBANO BERISTAIN para referirse al art. 191.1 (*vid.* LIBANO BERISTAIN, A., «El régimen procesal de los delitos sexuales…» cit., p. 78).

674 El delito de acoso sexual apareció como delito autónomo en el Código Penal de 1995 como consecuencia de una enmienda *in voce* presentada por Izquierda Unida (no estaba previsto en el Proyecto de Código Penal de 1994). *Vid.* MATALLÍN EVANGELIO, A., *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 10 y ss.

675 Así lo destacan, entre otras, CUGAT MAURI, M., «Lección 21ª: Disposiciones comunes…» cit., p. 718; GÓMEZ INIESTA, D. J., «CAP VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 463. Y a todo ello aún cabría añadir que el artículo 443 del CP actual, que castiga la solicitud sexual por autoridad o funcionario público y que, al no establecerse ningún requisito de perseguibilidad, se persigue de oficio. Según ALMODÓVAR PUIG, no parece oportuno que en estos casos no se exija denuncia de la víctima, pues si el objetivo de la exigencia de denuncia es evitar la victimización secundaria o el *strepitus fori,* estas razones aparecerán tanto si el sujeto activo es un funcionario público como si es un particular. *Vid.* ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 347.

676 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 579.

677 *Ibidem.*

tampoco pueda argumentarse que los delitos que recoge sean los más graves y añade que la gravedad de las agresiones y el acoso sexual "es también una buena razón para garantizar respecto de ellos las necesidades preventivogenerales a través de su conversión en delitos públicos"[678].

Por su parte, ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO han señalado que no se comprende por qué no adoptan la misma configuración *cuasipública* el resto de las infracciones que integran el Título VIII del CP, pues "las mismas razones de tutela de los [..] intereses del agraviado son predicables de todas ellas"[679]. Esto lleva a los autores a concluir que, de *lege ferenda*, sería más conveniente "que la generalidad de las infracciones sexuales quedaran bajo el radio de acción del art. 191.1 CP"[680]. Esta última postura es, a mi juicio, la más acertada, ya que las razones que justifican la perseguibilidad condicionada a la denuncia de la víctima en los delitos de agresión y acoso sexuales, que son garantizar su intimidad y prevenir la victimización secundaria, pueden extenderse a todos los delitos contra la libertad sexual ya que, como razonaremos en el Capítulo siguiente, este bien jurídico está estrechamente relacionado con la intimidad y la autorrealización personal, por lo que convendría otorgar carácter prevalente a los intereses de la víctima en todo caso.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación del artículo 191.1, hay que analizar su contenido. Por un lado, establece un *régimen general* que exige la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, mientras que al Ministerio Fiscal se le impone la formulación de querella y se le obliga a que a la hora de formularla pondere "los legítimos intereses en presencia". Por otro, se establece un *régimen especial* para menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y personas desvalidas (para quienes se establece que "bastará la denuncia del Ministerio Fiscal")[681]. A continuación,

---

[678] *Ibidem.*

[679] ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., p. 61.

[680] *Ibidem.* Sin embargo, ORTS BERENGUER, en una publicación anterior, comentando el art. 443 del CP de 1973 tras la reforma de 1989, defendió que se estableciera un tratamiento diferenciado para cada delito: "Resulta ineludible una mejor sistematización de la perseguibilidad y el perdón en general, que debiera realizarse bajo la guía de la idea del tratamiento particularizado de cada delito, que atienda a la protección del derecho constitucional a la intimidad y al interés público en la persecución de delitos especialmente graves y en la evitación de la persistencia en la comisión de tales delitos por el mismo autor respecto de ulteriores sujetos pasivos" (ORTS BERENGUER, E. «Disposición común…» cit., p. 480).

[681] Como afirma LIBANO BERISTAIN, el Código de 1995 "opta por la discriminación en función de las características de la víctima que ha sufrido el hecho delictivo" y "eso le lleva a distinguir dos grandes

y siguiendo el orden del precepto, se analiza en primer lugar, el régimen general y, posteriormente, el especial.

IV. RÉGIMEN GENERAL

A su vez, el régimen general puede subdividirse en dos partes: por un lado, se aborda la cuestión de cómo interpretar el requisito de la denuncia y, por otro, se estudia la intervención del Ministerio Fiscal a través de la ponderación de "los legítimos intereses en presencia".

1. La denuncia como condición de procedibilidad

El artículo 191.1 CP establece que la denuncia de la víctima o de su representante legal "será precisa" para "proceder" en los delitos de agresión y acoso sexual. Esta redacción es consecuencia de que, respecto del Código penal de 1973, se criticó que el antiguo artículo 443 emplease el verbo "bastará" para regular la necesidad de denuncia, pues dicho término sugería que, en algún caso, podía existir un requisito más exigente para el inicio del proceso, como la querella[682]. El legislador de 1995 corrigió este defecto técnico.

Otra mejora elogiable es que por primera vez en la historia de nuestra legislación penal desaparecen los familiares de la víctima del listado de personas legitimadas para iniciar el proceso, pues en el Código Penal anterior permanecía la referencia a los ascendientes o guardadores de hecho de la ofendida. Es cierto que en la actualidad se incluye al representante legal como sujeto legitimado para denunciar, pero esta figura ya no tiene nada que ver con aquellas concepciones patriarcales que vinculaban la vida

---

regímenes en sede de incoación del proceso" (LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos*… cit., p. 212).

[682] En este sentido, ORTS BERENGUER, E., «Disposición común…» cit., p. 479: "El verbo elegido no es el más adecuado porque sugiere la posibilidad de una vía distinta de la denuncia para la persecución de unos delitos que la requieren necesariamente […]. Debió decir 'será precisa', 'será necesaria' denuncia".

sexual de las mujeres con el honor de sus familias[683]. Con carácter general, el representante legal lo será de un menor de edad o de una persona con discapacidad[684], aunque también cabe la posibilidad de que una persona mayor de edad y sin discapacidad presente la denuncia a través de un representante especialmente apoderado a tal fin, como así lo establece el art. 265 de la LECrim[685].

El requisito de perseguibilidad que establece el art. 191.1 CP plantea las dudas siguientes: ¿Qué se entiende por "denuncia de la persona agraviada"? ¿Es necesaria una denuncia formal o basta con una comunicación verbal (informal)? ¿Qué ocurre cuando quien denuncia es otra persona o las autoridades tienen conocimiento de los hechos de algún otro modo? ¿Podrá iniciarse el proceso penal en estos casos o la falta de denuncia de la víctima es una barrera insoslayable?

En primer lugar, si la víctima decide denunciar, no es necesario que la denuncia sea escrita y formal, siendo suficiente con una comunicación de los hechos a un órgano encargado de su persecución (es decir, al poder judicial o a las fuerzas de seguridad)[686]. Esta es una línea uniforme en la jurisprudencia, aunque algunos tribunales se apartan de este criterio. Así, por ejemplo, recientemente un Juzgado de Instrucción de Barcelona decretó un sobreseimiento provisional por entender que no se cumplía la condición de procedibilidad del art. 191.1 CP, a pesar de que en el caso la víctima había "activado el

---

683 Como afirma DE TORRES GUAJARDO, "la redacción originaria de esta cláusula general de los Códigos decimonónicos tiene una marcada connotación paternalista, atribuyendo la capacidad de denuncia, no solamente a la mujer perjudicada, sino también a su esposo, padres e incluso hermanos" (DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., p. 4).

684 Así lo afirma DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 580. Analizaremos estos supuestos *infra* V.

685 Art. 265 LECrim: "Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial". Como ha señalado CATALINA BENAVENTE, "si la víctima opta por la denuncia escrita, podrá presentarla personalmente o a través de un procurador con un poder especial" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 750). Según GIMENO SENDRA, el poder especial del procurador debe ser "especialísimo", es decir, debe facultarlo de forma expresa para presentar la denuncia por un hecho determinado (GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Civitas, Madrid, 2015, p. 333).

686 *Vid.*, entre otras, STS 272/2001, de 19 de febrero, FJ 1 (ECLI:ES:TS:2001:1126); STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160). Según CATALINA BENAVENTE, existe cierto sector doctrinal que considera que "tomando como punto de partida la importancia de la denuncia en estos casos, la persona legitimada debería interponer la denuncia ante un órgano jurisdiccional". No obstante, la autora entiende (y así lo interpreta la jurisprudencia que analizaremos a continuación) que "exigir a la denunciante la interposición de la denuncia ante el órgano jurisdiccional sería exigirle demasiado, y parecería más bien que se le están poniendo obstáculos para la investigación de los hechos. Una vez presentada la denuncia ante la autoridad policial o ante el Ministerio Fiscal, bastará con que la ratifique posteriormente ante el órgano judicial competente" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 751).

protocolo de una presunta agresión sexual y ello en base a manifestaciones espontáneas de la misma a los Mossos d'Esquadra y a servicios médicos provocando la actuación del médico Forense"[687]. Ante el auto de sobreseimiento, el Ministerio Fiscal interpuso un recurso y, finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona señaló que la exigencia de denuncia formal ha sido suavizada por el Tribunal Supremo y que en este caso se daba una evidente "conducta demostrativa de la intención de denunciar de la víctima"[688].

En efecto, el Tribunal Supremo viene señalando que no debe hacerse una interpretación excesivamente rigorista del artículo 191.1 CP. De hecho, ha establecido que incluso en aquellos casos en los que no sea la víctima la que comunique los hechos a las autoridades, estas pueden comenzar una investigación y poner en marcha el proceso penal. Por tanto, no solo no se debe exigir a la víctima una denuncia formal, sino que el requisito de perseguibilidad también se entenderá cumplido cuando la víctima, "conociendo la existencia del proceso, no se opone al mismo"[689].

Esta conceptualización del término "denuncia" comenzó a producirse a finales del siglo XX, mucho antes de que el Código Penal de 1995 entrase en vigor[690]. Aunque en ocasiones se afirma que la palabra "denuncia" ha experimentado una evolución[691], lo cierto es que esta se produjo hace décadas. Como expresamente afirma el TS, viene flexibilizando esta exigencia "desde antiguo"[692]. Y también la doctrina penal llamó ya la atención sobre esta laxa interpretación jurisprudencial en la década de los ochenta. Algunos autores señalaron que esta lectura suponía convertir los delitos sexuales en delitos públicos *de facto*[693].

---

[687] *Vid.* SAP de Barcelona 168/2024, de 9 de enero, FJ 1 (ECLI:ES:APB:2024:3404A).

[688] *Ibidem,* FJ 2.

[689] *Vid.* STS 1341/2000, de 20 de noviembre, FJ 11 (ECLI:ES:TS:2000:8417); STS 96/2009, de 10 de marzo, FJ 10 (ECLI:ES:TS:2009:1804); STS 705/2016, de 14 de septiembre, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2016:4069); STS 340/2018, de 6 de junio, FJ 1 (ECLI:ES:TS:2018:2663); STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160).

[690] Pueden consultarse las referencias a la jurisprudencia de este periodo en: VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 46 y ss.

[691] Así lo señala, entre otras, STS 891/2022, de 11 de noviembre, FJ 3.2 (ECLI:ES:TS:2022:4755).

[692] STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160).

[693] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., pp. 189-190: "la jurisprudencia viene interpretando las normas de perseguibilidad en estos preceptos de un modo que se ha podido decir que en la práctica los ha convertido en delitos públicos. […] Práctica jurisprudencial que concibe la denuncia, no como una actividad positiva a realizar por la parte ofendida, sino como una actividad de no

Ahora bien, es importante señalar que la ausencia de denuncia inicial solamente puede ser relativizada si posteriormente esta "irregularidad procesal" es subsanada[694]. Es decir, aunque el proceso penal puede iniciarse si las autoridades tienen conocimiento de que se ha producido el delito, posteriormente la víctima debe mostrar su voluntad de que el procedimiento continúe. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando que la noticia del delito (la *notitia criminis*) puede llegar al proceso por otros caminos, pero, posteriormente, debe complementarse con la declaración de la víctima en la fase sumarial del proceso penal[695]. No es necesario que se persone como acusación particular, sino que basta con que no haga "protesta ni reserva" al ofrecimiento de acciones en el momento en el que el Juez Instructor le informe de su derecho para constituirse en parte, con arreglo al artículo 109 de la LECrim[696].

Por tanto, la necesidad de denuncia no es un requisito *ab initio* o que deba cumplirse desde una perspectiva *ex ante*, sino que es posible cubrirlo *ex post*[697]. Es decir, su ausencia constituye una falta subsanable y susceptible de convalidación posterior[698]. A ello cabe añadir que el incumplimiento de una condición de procedibilidad es causa de mera anulabilidad por lo que –como se expuso en el Capítulo II– si una resolución judicial pone fin al procedimiento por oponerse la víctima a su continuación, esta no produciría efectos de cosa juzgada material y el proceso podría reanudarse en cualquier momento (dentro, por supuesto, de los plazos de preinscripción). Según el TS, cuando se dicta un

---

oposición a la persecución de oficio". *Vid.* también GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., pp. 457 y ss.

[694] *Vid.,* en este sentido, Memoria de la FGE de 2023, pp. 1328 y ss.

[695] STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160); STS 340/2018, de 6 de junio, FJ 1 (ECLI:ES:TS:2018:2663); STS 352/2021, de 29 de abril, FJ 4 (ECLI: ES:TS:2021:1493).

[696] Art. 109 LECRIM: "En el acto de recibirse declaración por el juez la persona ofendida o perjudicada, el letrado o letrada de la Administración de Justicia le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo, le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas". *Vid.*, sobre esta cuestión, VELÁZQUEZ BARÓN, Á, *Las agresiones…* cit., pp. 46 y ss.; CATALINA BENAVENTE, M. A., «¿Se debe tener en cuenta…» cit., p. 292.

[697] *Vid.* STS 352/2021, de 29 de abril, FJ 4 (ECLI:ES:TS:2021:1493).

[698] En este sentido, GOENAGA OLAIZOLA apunta a que la denuncia "se trata de un requisito subsanable, de tal modo que cuando la perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, y no haciendo reparos al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa, estamos ante una denuncia tácita, que subsanaría la ausencia de denuncia inicial" (GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad sexual», *Eguzkilore*, n.º 10, 1997, p. 118). *Vid.* también CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 765 y ss.

sobreseimiento provisional porque la víctima niega los hechos o no desea declarar, este acto procesal únicamente pone fin al proceso "de forma interina"[699].

Por otra parte, como también se vio en el Capítulo II (IV), la denuncia en estos delitos tiene una naturaleza jurídica distinta, que no equivale exactamente a la *notitia criminis*. Cuando el legislador concibe la denuncia como un requisito de procedibilidad, esta no es solo una "forma de vehicular la *notitia criminis*", sino que supone algo más, se trata de una "manifestación de voluntad"[700]. En otras palabras, la denuncia ve transmutada su naturaleza y se convierte en *consentimiento con el seguimiento del proceso*. De hecho, si las autoridades ya conocían el delito, la declaración de la víctima pierde el aspecto de puesta en conocimiento del órgano judicial, manteniendo únicamente el de autorización para la continuación del proceso. Se trata, por tanto, de que la víctima muestre su anuencia y, para ello, de sus declaraciones debe desprenderse la voluntad de narrar su proceso de victimización[701].

Esta doctrina del Tribunal Supremo se encuentra especialmente desarrollada en la STS 352/2021, de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2021:1493)[702]. Esta sentencia analiza un caso de abuso sexual cometido durante años en el seno de una secta[703]. Inicialmente la víctima

---

[699] Recientemente el TS se ha pronunciado sobre un caso en el que el Juzgado de Instrucción acordó el sobreseimiento provisional porque la víctima declaró "que su denuncia no se ajustaba a la realidad de lo acontecido". Sin embargo, nada impedía al Juzgado de Instrucción "dejar sin efecto el sobreseimiento acordado cuando la representación legal de la víctima mostró su intención de personarse de nuevo, lo que permitía suponer que se mantenía la inicial declaración" (STS 1019/2022, de 30 de enero, FJ 2.2 (ECLI:ES:TS:2023:402)). Asimismo, a continuación añade que "el sobreseimiento provisional, a diferencia de lo que ocurre en el sobreseimiento libre, no produce de modo alguno el efecto de cosa juzgada material, y constituye una simple declaración de voluntad judicial que pone fin al proceso pero sólo de forma interina, y esta provisionalidad conduce o tiene como consecuencia directa, fundamental e inmediata la procedencia de la reapertura del sumario en cualquier momento, y no sólo a través de los recursos legalmente establecidos, sino incluso (y ello es obvio) de manera directa o de oficio [...]".

[700] STS 201/2017, de 27 de abril, FJ 7 (ECLI:ES:TS:2017:1194); STS 340/2018, de 6 de junio, FJ 1 (ECLI:ES:TS:2018:2663); STS 693/2020, de 15 de diciembre, FJ 2.2 (ECLI:ES:TS:2020:4292); STS 891/2022, de 11 de noviembre, FJ 3 (ECLI:ES:TS:2022:4755); ATS 986/2024, de 13 de junio, FJ único (ECLI:ES:TS:2024:9642A).

[701] Como señala CATALINA BENAVENTE, la denuncia "deja de ser exclusivamente una declaración de conocimiento, para incorporar determinados *elementos volitivos* en la persecución del hecho punible" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 749).

[702] Esta sentencia fue dictada por el magistrado ponente Vicente Magro Servet que, como ya se anotó, considera que la nueva Directiva de la UE sobre violencia contra las mujeres va a requerir una modificación del artículo 191 CP. *Vid. supra* Capítulo I (IV.3).

[703] Puede consultarse el caso en: ROSENDO DA SILVA, M., (4 de mayo de 2021), «El Supremo confirma los 9 años de prisión al líder de la secta de los Miguelianos por abuso», *El Confidencial*, Disponible en:

fue citada en calidad de investigada, sin embargo, sus declaraciones aportaron al proceso datos sobre hechos penalmente relevantes que eran desconocidos para las autoridades. El análisis sobre el artículo 191 CP resulta muy interesante, entre otras cosas, por la interpretación que lleva a cabo el Alto Tribunal sobre el significado del verbo "proceder":

> "Es preciso destacar y poner de manifiesto la etimología procesal de la expresión que encabeza el art. 191 que se refiere a la acción "para proceder" a la que no le podemos otorgar una especie de requisito *ex ante* obligatorio e insubsanable al inicio de las actuaciones penales, sino que su significación en el procedimiento tiene más un significado de "continuación" o "prosecución".
>
> Así, la palabra proceder que es la que utiliza el artículo 191 del código penal que es objeto de examen proviene del latín *procedere* y significa "ir adelante", "seguir", y sus componentes léxicos son el prefijo pro "delante" y *cedere* que significa "ir, caminar, dar el paso".
>
> Pero en modo alguno se significa que cuando el artículo 191 CP utiliza la fórmula *Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada* se está refiriendo a que lo es la denuncia "para iniciar el procedimiento", ya que éste puede iniciarse por otros métodos, y que la víctima, o víctimas, cuando declaren evidencien, cuando lo hagan, la puesta en conocimiento del juzgado de lo que ocurrió con su "victimización" sirva para dar curso a la exigencia del "proceder" a que se refiere el precepto citado"[704].

A continuación, el TS añade que esta concreta manifestación de voluntad es conocida en el derecho anglosajón como "Willigness to report":

> "La voluntad de denunciar es evidente. Y ello debe dar por cumplido el presupuesto interpretativo del alcance que debe darse al contenido del art. 191 CP, como también consta en el "Willingness to report" del derecho anglosajón, al existir en este caso una clara voluntad de la víctima de contar desde un primer

https://www.elconfidencial.com/espana/galicia/2021-05-04/el-supremo-confirma-los-9-anos-de-prision-al-lider-de-la-secta-de-los-miguelianos-por-abuso_3062907/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[704] FJ 4 de la sentencia citada.

momento "su proceso de victimización", lo que da carta de naturaleza al requisito del art. 191 CP"[705].

En definitiva, la regla de procedibilidad del artículo 191.1 CP supone la obligación del Juez o Tribunal de ahondar en cuál es la posición de la víctima ante el proceso y decidir si de su narración se desprende una voluntad de incriminar al autor de los hechos, lo cual ha sido denominado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia como "conducta evidente de perseguibilidad"[706]. Este entendimiento del requisito procesal del artículo 191.1 CP encuentra su fundamento en que, en muchas ocasiones, las víctimas de violencia sexual tienen dificultades para denunciar. De esta forma, se posibilita el inicio de la investigación y, al mismo tiempo, se respeta la decisión de la víctima[707].

Aunque la doctrina apenas ha prestado atención a esta jurisprudencia[708], desde la práctica jurídica se ha pronunciado alguna voz crítica. En este sentido, se ha dicho que "es dudoso que el legislador optara por la significación originaria de la raíz latina de la expresión *para proceder*, en vez de su habitual en castellano, que se refiere no solo a continuar, sino también a comenzar algo"[709]. Asimismo, se ha señalado que dicha argumentación vulnera "el derecho de la víctima de un delito sexual a la disposición del

[705] *Ibidem*.

[706] *Ibidem*.

[707] Así lo razona el TS en el apartado tercero del FJ 4: "Nótese que la forma en que se desarrollan muchas victimizaciones, como la que aquí se ha desarrollado con prevalimiento y de contenido sexual, determinan que a la víctima le cueste articular su denuncia, por lo que el procedimiento puede iniciarse por otras vías hasta que llegue el momento en el que la víctima declare lo que ha sufrido, sin que la circunstancia de que no haya sido ella la que lo haya hecho *ab initio* desnaturalice todo lo actuado, o pueda admitirse una pretensión de nulidad bajo el abrigo de que la inexistencia de denuncia inicial es insubsanable".

[708] Solo CATALINA BENAVENTE la ha analizado, posicionándose a favor de esta. Según la autora, el TS, al permitir la convalidación posterior, "actúa en garantía de la víctima, en cuanto que hace frente a las dificultades con las que se encuentran las víctimas de estos hechos delictivos para articular su denuncia. […] La admisión de la convalidación *a posteriori* no le exige a la víctima dar el primer paso, sino que es el sistema penal el que se acerca a ella sobre la base del conocimiento de los hechos delictivos presuntamente cometidos" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 769-770). Por su parte, GAVILÁN RUBIO recoge también la tesis del "willingness to report", pero no expresa su opinión sobre la misma (GAVILÁN RUBIO, M., «Los delitos contra la libertad sexual al amparo de la LO 10/2022: el consentimiento como elemento vertebrador del delito de agresión sexual, la revisión de sentencias firmes y la denuncia como requisito de procedibilidad», en: ORTEGA BURGOS, E. (Dir.), *Derecho penal 2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 169 y ss.). Como se verá en el Capítulo V (VI), esta última autora ha reivindicado convertir los delitos sexuales en delitos públicos en jornadas sobre la materia.

[709] *Vid.* ESTEBAN GARCÍA, M., (6 de diciembre de 2021), «La anulación jurisprudencial del requisito de procedibilidad del art. 191 CP en los delitos sexuales», *Elderecho.com: noticias jurídicas y actualidad (LEFEBVRE)*, Disponible en: https://elderecho.com/la-anulacion-jurisprudencial-del-requisito-de-procedibilidad-del-art-191-cp-en-los-delitos-sexuales (fecha de última consulta: 29.3.2025)

comienzo o la continuidad de la causa"[710] ya que, si no ha existido denuncia y, sin embargo, se ha abierto un procedimiento penal, debería llevarse a cabo una diligencia para que la víctima exprese si desea o no que el proceso continúe. No obstante, esto no sucede, pues para el TS el requisito de procedibilidad queda subsanado "con cualquier acto de convalidación, aunque sea tácito, de la continuidad del proceso por parte de la víctima. Y cualquier acto es exactamente eso, prácticamente todos los actos: declarar, aportar información, comparecer, aceptar el ofrecimiento de acciones o, simplemente, no exteriorizar una negativa rotunda a que el procedimiento siga su curso"[711]. Estas "acciones tácitas" la mayoría de las veces son llevadas a cabo por las víctimas sin ser conscientes de que todas ellas suponen cumplir con una condición de procedibilidad. Por tanto, será el juez quien determine si de la declaración de la víctima se deduce su voluntad de denunciar, convirtiéndose así el requisito de la denuncia en una cuestión puramente subjetiva: "en un estado mental interno de la víctima que el juzgador interpretará a su libre arbitrio"[712].

Como se verá en el Capítulo V, un importante sector doctrinal considera que la voluntad de la víctima no debería tener tanto peso sobre el inicio y la continuación del proceso y cuestiona la mera existencia del art. 191.1 CP, pues entienden que debería ser suprimido para que todos los delitos sexuales fueran perseguibles de oficio. Aunque esta postura será estudiada en un momento posterior, es oportuno señalar en este punto que la misma sirve indirectamente al TS para fundamentar su tesis dado que, para justificar su amplia interpretación sobre el art. 191.1 CP, alude expresamente a que "la exigencia de este requisito de procedibilidad no refleja una posición pacífica de la doctrina ya que hay *opiniones muy fundadas* que consideran que debería desaparecer, despojando a estos delitos de su naturaleza semiprivada"[713]. Así las cosas, ocurre lo que ya advertía DÍEZ RIPOLLÉS en 1985: que, en materia de perseguibilidad de los delitos sexuales, "las interpretaciones extensivas de la jurisprudencia se ven en ocasiones alentadas por la doctrina"[714].

---

[710] *Ibidem.*

[711] *Ibidem.*

[712] *Ibidem.*

[713] STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160).

[714] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 190.

Por último, cabe decir que esta interpretación no solo se aplica al artículo 191.1 CP, sino también al resto de los delitos en los que el Código penal exige denuncia de la víctima. Según afirma expresamente el TS, esta tesis "es aplicable, entre otros, a los supuestos indicados de los arts. 147.4, 191 y 201 CP". Es decir, se aplica también al delito de lesiones leves (art. 147.4)[715] y a los delitos contra la intimidad (201)[716]. El TS cita estos dos grupos de delitos a modo de ejemplo, pero esta doctrina es extrapolable a todos los delitos semipúblicos[717].

2. La intervención del Ministerio Fiscal: la ponderación de "los legítimos intereses en presencia"

2.1. Los intereses en juego: ¿víctima, victimario o sociedad?

El legislador de 1995 introdujo, junto con la tradicional perseguibilidad previa denuncia, la posibilidad de proceder mediante querella del Ministerio Fiscal, que deberá actuar "ponderando los legítimos intereses en presencia". Esta regulación plantea numerosos interrogantes. Principalmente, si debe entenderse que faculta al Ministerio Fiscal para impulsar el procedimiento cuando considere que los "intereses en presencia" lo requieran, incluso en los casos en los que la víctima no desee continuar. Es decir, si su intervención es *alternativa* a la denuncia de la víctima o si se encuentra subordinada a la voluntad de esta (es decir, en un segundo nivel, de forma *escalonada*). Por otro lado, cabe también preguntarse cuáles son esos intereses que el fiscal debe ponderar: ¿el legislador se refiere a los intereses de la víctima? ¿a los del victimario? ¿al interés del Estado en la persecución de delitos?

---

[715] En un caso de agresiones recíprocas, el que denuncia puede acabar siendo condenado, aunque la otra parte no haya denunciado si posteriormente declara durante el proceso (SAP Pontevedra 83/2024, de 3 de abril, FJ 1 (ECLI:ES:APPO:2024:944)). *Vid.* también, sobre la aplicación de la tesis "willingness to report" al art. 147.4 CP: STS 861/2022, de 3 de noviembre, FJ 5 (ECLI:ES:TS:2022:3976).

[716] *Vid.* entre otras: STS 693/2020, de 15 de diciembre, FJ 2 (ECLI:ES:TS:2020:4292); STS 224/2021, de 11 de marzo, FJ 3.3 (ECLI:ES:TS:2021:832).

[717] *Vid*., a modo de ejemplo, sobre el delito de amenazas leves (art. 147. 2 CP): SAP Lleida 22/2024, de 22 de enero, FJ 2 (ECLI:ES:APL:2024:142).

Para empezar, conviene recordar que nada impide a las autoridades iniciar una investigación si tienen conocimiento de que se ha producido un delito de agresión o acoso sexual por una vía distinta de la denuncia de la víctima. Como se estudió en el Capítulo II (V), el art. 105 de la LECrim establece que en los delitos perseguibles a instancia de la víctima "la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención" y, como señala la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2023, estas diligencias "serán el vehículo adecuado para ponderar los legítimos intereses en presencia que alude el art. 191 CP al objeto de decidir sobre la interposición de la preceptiva querella"[718]. Como ya se dijo, nos encontramos ante una manifestación del principio de oportunidad, pues el fiscal no podrá actuar de manera automática en el caso de que existan indicios de haberse cometido un delito, sino que deberá decidir si conviene o no acusar. Ahora bien, el legislador no concreta los criterios que deberá valorar para tomar esta importante decisión[719].

Ante la falta de delimitación de los intereses que deben ser objeto de ponderación, cierto sector de la doctrina ha interpretado que dicha cláusula se refiere a las circunstancias que pueda expresar la parte agraviada. Es decir, se entiende que el Ministerio Fiscal debe atender a la voluntad de esta a fin de proteger su derecho a la intimidad y evitar la victimización secundaria[720]. Según BEGUÉ LEZAÚN, con la

[718] Memoria de la FGE de 2023, p. 1329 y p. 1419. En relación con este tema, *vid.* también DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., pp. 5 y ss.

[719] Destaca la "total indefinición que se desprende del texto legal": CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 780. Esta autora recuerda que el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional, por lo que "llama la atención la falta de una instrucción o circular de la Fiscalía en la que se indique a los fiscales los criterios a tener en cuenta a la hora de realizar la ponderación de los intereses en conflicto" (*Ibidem*, p. 781). *Vid.* también, muy crítico con esta "desafortunada" expresión: MARCOS AYJÓN, M., «La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1841, 1999, p. 608: "en primer lugar, porque no parece claro lo que se quiere decir con esta expresión, cuando la norma penal debe ser clara, concisa y fácilmente comprensible por todos los ciudadanos a quienes va dirigida; y en segundo lugar, porque una expresión tan poco definida puede implicar múltiples interpretaciones y aplicaciones, y llevar en la práctica a que el Ministerio Fiscal pueda interponer querella siempre que se dé uno de estos delitos, independientemente de la intención de la persona agraviada o su representante legal, y todo en aras del interés del Estado en castigar los delitos, lo que conllevaría a eliminar *de factum* la naturaleza semipública de estos delitos".

[720] *Ibidem*, pp. 746 y ss. *Vid.* también, entre otras: SOLETO MUÑOZ, H., OUBIÑA BARBOLLA, S. (Dirs.), *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 182 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 191», en: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, t. II*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 613; DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: CORCOY

referida alusión a la ponderación de intereses "se está recordando […] la trascendencia que el ejercicio de la acción penal tendrá en la persona ofendida por el delito y en su ámbito familiar y social, recordatorio este que entronca con las líneas doctrinales de la victimología"[721].

En este sentido, ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO señalan que nos encontramos ante "una facultad de oportunidad especialmente reglada", en la que debe prestarse una especial atención a los intereses de las víctimas[722]. Los citados autores argumentan que el Ministerio Fiscal ya debe atender al interés general en la persecución de delitos en todo caso, en virtud del artículo 1 de su Estatuto Orgánico y del artículo 124 de la CE, por lo que los "intereses en presencia" a los que alude el art. 191.1 CP deben entenderse referidos a otra cosa, que en su opinión serían los derechos de la víctima[723]. Estos autores insisten en que "es preciso mantener el carácter inalienable o no ponderable de los derechos fundamentales de la víctima (o, si se quiere, de la dignidad humana a la que resultan inherentes aquellos) en cuanto objeto de protección de los mecanismos de perseguibilidad privada, por lo que asumir semejante solución [la de entender que los "intereses en presencia" son los intereses generales en la persecución de delitos] equivaldría a defraudar el fundamento de estos últimos"[724].

BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 715.

[721] BEGUÉ LEZAÚN, J. J., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 230. En un sentido similar, ALMODÓVAR PUIG afirma que la justificación de la perseguibilidad a instancia de la víctima en estos delitos es "de tipo victimológico" (ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 338).

[722] ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., pp. 59 y ss. De la misma opinión, *vid.* CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 780: "A pesar de que el Ministerio Fiscal está legitimado para la persecución de los delitos […], su intervención está condicionada a la ponderación de los intereses en juego, entre los que ocupa un lugar fundamental la protección integral de la víctima que, aunque en ocasiones sea difícil de aceptar teniendo en cuenta la gravedad de los hechos cometidos, puede conducir a considerar que lo mejor para ella es el no ejercicio de la acción penal en contra de su voluntad". También se manifiesta en este sentido MARCOS AYJÓN, M., «La legitimación…» cit., p. 608: "Parece, así, que el legislador ha querido subrayar, al usar esta expresión, este deber del Ministerio Público cuando se encuentre ante delitos contra la libertad sexual, que por su naturaleza exigen tener muy presentes los padecimientos de la víctima, de tal manera que, en aras a que los delitos de agresión, acoso o abuso sexual, conserven su naturaleza semipública, es conveniente concluir que el Ministerio Fiscal podrá interponer querella para la persecución de estos delitos independientemente de la condición de la víctima, pero dicha condición deberá ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal a fin de valorar la conveniencia o no de ejercer la acción penal".

[723] ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., pp. 55 y ss.

[724] *Ibidem*, pp. 58-59. En el mismo sentido, *vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 185-186, donde se opone a la doctrina mayoritaria y defiende que no es posible "que el Fiscal active el proceso sin mayor sujeción que a su prudente arbitrio o a una genérica valoración de los intereses de las víctimas frente a los intereses generales inherentes a la persecución penal del caso pues, así las cosas, se

Otro argumento a favor de esta tesis es, en mi opinión, que en las demás infracciones *cuasipúblicas s*e permite que no sea necesaria la denuncia cuando la comisión del delito afecte "a los *intereses generales*" o "a una pluralidad de personas" (arts. 201.2, 287.2 y 296.2 CP). Sin embargo, el artículo 191.1 del CP es el único en el que el legislador penal hace referencia a unos *intereses en presencia*, por lo que cabe razonar que dicha expresión no se refiere al interés público, sino que se ha conservado la tradicional consideración de los intereses de la víctima en el enjuiciamiento de estos delitos.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria entiende que el legislador, al aludir a los intereses "en presencia", quiso que los intereses generales pasasen a formar parte del juicio de ponderación que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal. Según DÍEZ RIPOLLÉS, "el fundamento de esta nueva modalidad radica en la defensa de intereses públicos que el legislador ha pasado a considerar que tienen la suficiente importancia como para dejar en un segundo plano los intereses privados de la víctima"[725].

De la misma opinión son MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, que además aluden a que, con anterioridad a la aprobación del Código Penal, fueron rechazadas las enmiendas parlamentarias que pretendían sustituir la citada expresión por la de "intereses de la víctima"[726]. Estos autores insisten en que "debe subrayarse que conceptualmente los 'legítimos intereses en presencia' no se reducen a los solos intereses de la víctima, y en este sentido fue expresamente rechazada en el *iter* parlamentario una enmienda del Grupo Mixto que proponía sustituir la actual expresión legal por otra ceñida a los intereses del agraviado. En consecuencia, el interés público en la persecución del delito deberá estar presente en la referida ponderación"[727].

---

correría el serio riesgo de vaciar completamente de contenido las facultades del control del ofendido sobre la actividad punitiva, y de defraudar, por esta vía, la *ratio essendi* de las mismas".

[725] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 583: "No se trata, por consiguiente, de una tercera vía para atender a los intereses de la víctima". Este autor, sin embargo, no considera que los intereses de la parte ofendida no deban entrar en juego ya que, posteriormente, añade: "La ley no se conforma, sin embargo, con la presencia de estos intereses públicos en el caso concreto, sino que exige su ponderación con los intereses privados que han llevado a la víctima o su representante legal a no interponer denuncia" (*Ibidem*, p. 584).

[726] MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes…» cit., p. 1401.

[727] *Ibidem. Vid.* también LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentari*o, Dykinson, Madrid, 1996, p. 113:

Ahora bien, si se analiza el debate parlamentario que hubo en torno a esta cuestión, se aprecia que la preocupación de los partidos políticos que propusieron esta enmienda no era la de que con la cláusula de los intereses "en presencia" se produjera una mayor persecución de estos delitos en nombre del interés público, sino que, por el contrario, se pensaba que mediante la misma se valorarían los intereses particulares del victimario y que esto tendría como resultado una mayor impunidad. El Grupo Mixto propuso la citada modificación con el objetivo de "asegurar que, en ningún caso, prevalezcan los intereses del autor sobre los intereses de la víctima"[728]. Sin embargo, el Grupo Socialista consideró que "la expresión legítimos intereses en presencia, protege más que la de los intereses de la víctima, puesto que los intereses tienen que ser en todo caso legítimos y puede que haya intereses legítimos en presencia *que no sean los de la víctima* que sea aconsejable tener previstos para poder actuar"[729]. Es decir, la doctrina mayoritaria está en lo correcto cuando afirma que la intención del legislador era abrir la puerta a la valoración de otros intereses distintos a los de la víctima.

Ante esta negativa, el representante del Grupo Mixto formuló las siguientes alegaciones (aunque no fueron tenidas en cuenta, resulta de interés recogerlas):

> "Al añadir la palabra «legítimos» el representante del Grupo Parlamentario Socialista nos hacer ver que los legítimos intereses en presencia son sólo aquellos que pretendidamente pueden ser puestos en juego de una manera que beneficien a la víctima. Esto no tiene por qué ser así.
>
> Puedo poner un ejemplo muy simple: si hay un delito de agresión sexual donde el agresor es un opositor a notarías, puede ponderar como legítimo interés en presencia que él necesita acabar su carrera o necesita acceder a esa oposición a notarías y, por tanto, este interés sería ponderado.
>
> Pero, es más, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados estaba de acuerdo con esta enmienda, estaban de acuerdo con que había que

"en el Senado se planteó la posibilidad de referirse sólo a los intereses de la víctima, prevaleciendo finalmente la introducción del término «legítimos» referido a los intereses a ponderar".

[728] Enmienda n.º 14 presentada por el Grupo Mixto (BOCG, Senado, Serie II, núm. 87(c), 21 de septiembre de 1995, p. 109.

[729] Diario de Sesiones del Senado. Sesión del Pleno celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995 (BOCG, Senado, V legislatura, núm. 93), p. 4803. La cursiva es añadida.

ponderar únicamente los intereses de la víctima y no los intereses en presencia. Lo que ocurre es que a ustedes se les olvidó presentarla.

Por consiguiente, consulten con sus asesores, porque ustedes estaban de acuerdo con esta enmienda en el Congreso de los Diputados y nuestra redacción no sólo significa una mayor precisión, sino una precisión muy interesante para no tener en cuenta más que esos intereses.

De lo que se trata, en definitiva, es de la protección penal de la víctima y de ninguna otra persona"[730].

En la actualidad, la mayor parte de la doctrina considera que *junto* con los intereses de la víctima (es decir, sin dejar estos en un segundo plano), deberá valorarse también el interés público en la persecución del delito[731]. Este último, según cierto sector doctrinal, podría ser medido en función de la preocupación social que haya generado[732]. No obstante, es mayoritaria la opinión que lo identifica con criterios de prevención general y especial, y así se afirma que, en los casos en los que el victimario sea reincidente o muestre un elevado grado de peligrosidad, deberá procederse a instancia del Ministerio Fiscal con independencia de la voluntad de la víctima, para proteger a las víctimas potenciales que podrían producirse en el futuro si el delito no es perseguido[733].

---

[730] *Ibidem*, p. 4804.

[731] CATALINA BENAVENTE estima que "el Ministerio fiscal debe efectuar una ponderación amplia, en la que atienda tanto a los intereses particulares de la víctima de los hechos delictivos, como el interés público en la persecución de unos hechos tan graves" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 780). En el mismo sentido, entre otras: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 584; GÓMEZ INIESTA, D. J., «CAP VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 462; SILVA CASTAÑO, M. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., pp. 764 y ss.; GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 117; SOLAZ SOLAZ, E. «Algunas especialidades…» cit., p. 61.

[732] En este sentido, CATALINA BENAVENTE ha apuntado a que el Ministerio Fiscal "no puede desconocer […] que los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales son una de las conductas que más preocupación despiertan en la sociedad" (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 780). También añade que "en su ponderación, el Ministerio Fiscal tampoco podrá desconocer que en el año 2019 se produjo un incremento del 12% de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en los que las víctimas eran personas mayores de edad, lo que consolida la tendencia al alta de los últimos ejercicios" (*Ibidem*, pp. 780-181). En un sentido similar, ALMODÓVAR PUIG considera que debe valorarse la alarma social que haya generado el delito. *Vid.* ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 344.

[733] *Vid.* MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes…» cit., p. 1401: "Cuando por ejemplo el autor del delito fuese reincidente o habitual, el interés en su persecución ha de primar, normalmente, sobre los intereses de la víctima, pues también aquí aparecen en escena los intereses de futuras y eventuales víctimas del reo". En el mismo sentido, entre otras: SILVA CASTAÑO, M. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 764; GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 117; SOLAZ SOLAZ, E., «Algunas especialidades…» cit., p. 61; CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 782; MONTALBÁN HUERTAS, I., «Delitos

En definitiva, la doctrina mayoritaria considera posible una persecución pública de estos delitos si el Ministerio Fiscal la entiende necesaria, tras haber ponderado los intereses en presencia, que serían por un lado la voluntad de la víctima en que se persiga o no el delito, y por otro lado el interés público en esa persecución, que a su vez depende de que existan razones de prevención especial o general que lo aconsejen.

2.2. La posibilidad de que el Ministerio Fiscal inicie el proceso en contra de la voluntad de la víctima

Consecuencia lógica de la conclusión anterior es que la intervención del Ministerio Fiscal para iniciar el proceso no sería subsidiaria respecto de la de la víctima, sino que se encontraría a la misma altura que esta, es decir, el Ministerio Fiscal podría iniciar el proceso mediante querella tras la necesaria ponderación de intereses, aun en contra de la voluntad de la víctima. En apoyo de esta conclusión suele argüirse que la manera en que está regulada la actuación del fiscal en el Código Penal de 1995 supuso un cambio con respecto a la situación anterior pues, en el Código Penal de 1973, el art. 443 establecía un orden de intervención escalonado y excluyente entre las diferentes personas legitimadas para denunciar[734]. De esta opinión es CANCIO MELIÁ, que además argumenta que la exigencia de una ponderación de intereses y el requisito de la querella sugieren que "no se trata de una atribución escalonada de la facultad de iniciar el procedimiento, […] sino alternativa"[735]. Por el contrario, LIBANO BERISTAIN ha señalado que el Ministerio Fiscal debería tener especialmente en cuenta la opinión de la

---

contra la libertad sexual», *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, p. 65; ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 343.

[734] Art. 443 CP 1973: "Para proceder por los delitos de violación, abusos sexuales y estupro, bastará denuncia de la persona agraviada o, siendo ésta menor o incapaz, del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden".

[735] CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6, 1999, p. 1632. El autor defiende la misma postura en la actualidad: *vid.* CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025, p. 1102. En la misma línea, DÍEZ RIPOLLÉS señala que tiene sentido que se exija al Ministerio Fiscal formular una querella, y no una simple denuncia, pues mediante la primera se deberá motivar la decisión y reflejar la mencionada ponderación de intereses (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 584). *Vid.,* en el mismo sentido, CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 780; DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., pp. 6-7.

víctima y del representante legal, por lo que sí que existe en el fiscal una especie de subordinación o, como mínimo, de toma de consideración de la voluntad de la víctima[736].

De lo anterior se desprende que no existe unanimidad en la doctrina sobre si es posible que el proceso penal se inicie y continúe a instancia del Ministerio Fiscal en contra de la voluntad de la víctima[737]. Según CATALINA BENAVENTE, "está fuera de toda duda, o debería estarlo […] que los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales son perseguibles por el Ministerio fiscal incluso aunque la víctima no quiera"[738], pero lo cierto es que la cuestión dista de estar tan clara, ni de *lege lata*, ni de *lege ferenda*.

Por lo que respecta a la decisión de *lege lata*, y como se acaba de exponer, el Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación muy flexible del término "denuncia" y ha establecido que, para cumplir con la condición de procedibilidad del art. 191.1 CP, basta con que la víctima no se oponga a la continuación del procedimiento y que sus declaraciones muestren una "conducta evidente de perseguibilidad". Por lo tanto, si se lleva a cabo una interpretación *a contrario* de esta jurisprudencia, se deduce que el proceso penal deberá concluir si la víctima se opone a su continuación. Sin embargo, el TS no se ha pronunciado sobre cómo debe interpretarse la cláusula de los "intereses en presencia". Todo apunta, como advierte CATALINA BENAVENTE, a que "en la práctica, el fiscal no está llevando a cabo la ponderación de los intereses en presencia que le exige la ley"[739].

Efectivamente, como ha señalado la fiscal CANO CUENCA, "en España, a diferencia de otras legislaciones penales europeas, puede decirse que la necesidad de denuncia por parte de la víctima está bastante arraigada jurídicamente, por lo que el supuesto de que el Ministerio Fiscal presentara querella por delito contra la libertad sexual

---

[736] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., pp. 214-215.

[737] Como indica ALMODÓVAR PUIG, "esta confusa redacción que presenta el art. 191, permite dos lecturas claramente opuestas" (ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 342-343).

[738] CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 778. Según esta autora, "el no de la víctima no puede tener efectos conclusivos, sino que requiere que el fiscal cumpla con la función constitucionalmente encomendada de 'promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley' (art. 124)" (*Ibidem*, p. 785). *Vid*., en el mismo sentido, DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., pp. 6 y ss.; ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 342 y ss.

[739] CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 788.

con víctima mayor de edad es bastante lejano"[740]. En el mismo sentido, el Informe *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal*, reconoce expresamente que "la voluntad de la víctima de denunciar es un elemento que se interpreta por los operadores y las operadoras como necesario para continuar el procedimiento, aunque la normativa haya atribuido al Ministerio Fiscal la posibilidad de perseguir sin denuncia de acuerdo con los intereses en juego en la práctica sigue primando la voluntad de la víctima y no se continúa el proceso sin denuncia de ésta"[741].

En relación con este tema hay que traer a colación la STS 567/2019, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3848), que confirma el pronunciamiento absolutorio de la Audiencia Provincial de Tarragona por no haberse cumplido la condición de procedibilidad del art. 191.1 del CP. Esta resolución se refiere a un supuesto de abuso sexual infantil en el cual el acusado era el tío de la víctima. Aunque esta no había desvelado los hechos, las autoridades tuvieron conocimiento del delito porque su tía denunció que había encontrado una grabación en el móvil de su marido en la que aparecía abusando de su sobrina de 13 años. A continuación, la policía inició una investigación y tomó declaración a la víctima, que en ese momento contaba con 26 años. Los agentes no le informaron sobre la importancia de la denuncia en estos delitos y la víctima reconoció los abusos sufridos porque pensaba que estaba obligada a ello. Sin embargo, posteriormente, durante el proceso, dejó claro que su intención no era denunciar, pues se trataba de hechos que habían tenido lugar hace mucho tiempo y prefería olvidar lo sucedido:

> "En el acto del juicio, la Sra. Paula, cuestionada por el tribunal, fue más explícita al precisar las motivaciones. En un tono sereno, maduro y, desde luego, indicativo de un ejercicio libre de su derecho a la autonomía personal explicó que su voluntad de no denunciar respondía a su deseo de no revivir quince o dieciséis años después

[740] CANO CUENCA, A., «La intervención del fiscal en delitos sexuales contra menores», en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., ORTS BERENGUER, E. (Coords*.), Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 292. En un sentido similar, ACALE SÁNCHEZ ha señalado que "las posibilidades de que el Ministerio Fiscal interponga una denuncia por un delito de agresión sexual o de acoso sexual sin el consentimiento de una víctima mayor de edad existen, aunque su viabilidad procesal es limitada" (ACALE SÁNCHEZ, M., «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», en: CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1295).

[741] *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal: informe nacional España,* Programa RETREAT, Disponible en: https://ssrn.com/abstract=3796364 p. 30 (fecha de última consulta: 29.3.2025).

episodios de su infancia que consideraba absolutamente superados y que podrían interferir en su vida personal y familiar en la actualidad.

La Sra. Paula indicó que siempre ha querido mantener una estrategia de olvido no basada en el resentimiento hacia Vidal y lo ha hecho de manera consciente hasta el punto que no ha querido participar nada de lo que pudo haber acontecido a ninguna de las personas de su círculo íntimo. No quiere, reiteró varias veces, que este proceso que ella no ha pretendido abrir se convierta, contando en la actualidad con treinta y un años de edad, en un factor desestabilizador de su vida personal y familiar por hechos que pudieron acaecer más de dieciocho años atrás"[742].

La Audiencia Provincial explica que, aunque se cumple uno de los contenidos propios de la denuncia (la transmisión de la *notitia crimins*) y es posible condenar al acusado por la información aportada por la víctima, no se cumple el requisito de perseguibilidad, por varias razones. En primer lugar, el tribunal señala que "la condición de procedibilidad del art. 191.1 CP constituye una pieza institucional muy relevante del propio modelo de protección penal de la libertad sexual" y que "por las consecuencias que puede derivarse sobre la vida privada y familiar de una persona, por los planos que pueden verse afectados por el hecho justiciable y por el proceso que pueda incoarse en su persecución, se ha cedido a la persona agraviada la iniciativa, el monopolio, a salvo excepciones, de la decisión que puede activar el proceso penal y la propia investigación del presunto hecho victimizador"[743].

En segundo lugar, el tribunal afirma que el art. 191.1 CP "es una proyección del derecho de la persona agraviada al libre desarrollo de la personalidad. Solo en los supuestos de incompetencia, especial vulnerabilidad y desvalimiento *o ponderando de forma precisa, explícita y justificada los intereses en presencia* puede el Estado actuar como agente primario, pretendiendo la protección penal ante presuntos ataques a la libertad sexual de una persona"[744]. Es decir, el tribunal no descarta la posibilidad de que el procedimiento se lleve a cabo a instancia del Ministerio Fiscal, pero, para ello, hubiera

[742] SAP de Tarragona 176/2018, de 3 de abril (ECLI:ES:APT:2018:1102), Cuestión previa 4.

[743] *Ibidem*, Cuestión previa 8.

[744] *Ibidem*, Cuestión previa 10. La cursiva es añadida.

sido necesario que este llevase a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego, la cual no se había producido en este caso:

> "El hecho de que el Ministerio Fiscal haya ejercitado la acción penal en este supuesto no significa que subsane, de existir, el problema originario relativo a la falta de denuncia por parte de quien legalmente ostenta la legitimación única y excluyente, a salvo las precisas excepciones previstas en la ley, para activar el proceso penal persecutorio mediante denuncia, aunque no pretenda la personación como parte acusadora formal.
>
> Recuérdese que el Ministerio Fiscal sí dispone de legitimación originaria para activar, mediante denuncia, el proceso de persecución, pero siempre y cuando la persona agraviada sea menor de edad, sufra discapacidad o sea desvalida. *O por querella, fuera de tales situaciones, con la carga de ponderar los legítimos intereses en presencia*. Ninguno de estos supuestos se da en el caso que nos ocupa. Ni la Sra. Paula presenta marcadores de debilidad o vulnerabilidad que justifiquen la acción subrogada del Ministerio Fiscal por simple denuncia ni este ha satisfecho tampoco la carga de ejercicio ponderativo de la acción penal mediante querella tal como exige la norma"[745].

En tercer lugar, la resolución hace referencia a "la vinculación axiológica del mecanismo de procedibilidad con el valor dignidad y los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad *ex* artículos 10 y 15 de la CE y art. 8 CEDH", lo que "obliga a una interpretación constitucional aplicando estándares deferentes de protección"[746]. Asimismo, el tribunal resalta que no se había informado a la víctima sobre el alcance de su intervención en el proceso, contraviniendo lo que establece la normativa sobre derechos de las víctimas:

> "La Directiva 2012/29, sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos y el Estatuto de la Víctima de 2015 inciden en la protección del derecho a la autonomía de las personas que aparecen como victimizadas en el proceso, garantizando sus derechos a entender y a ser entendidas (art. 3 EV y art. 4 Directiva); a ser informadas de las condiciones de apertura del proceso, del papel

[745] *Ibidem*, Cuestión previa 2.

[746] *Ibidem*, Cuestión previa 11.

que se les reserva y de las consecuencias que pueden derivarse (art. 4 b) Directiva, art. 5 b) EV), a tener en cuenta sus deseos de protección (art. 22.6 Directiva, art. 24.2 EV).

La Sra. Paula no fue informada en momento alguno del alcance de su intervención en el proceso y, muy en particular, como reclaman los artículos 4 b) de la Directiva y 5 b) EV, del propio procedimiento de denuncia, como mecanismo de activación del proceso. Lo que en este caso resultaba particularmente trascendente como garantía específica del derecho a la autonomía personal que la Constitución reconoce y que se proyecta normativamente en la facultad de denuncia del artículo 191 CP"[747].

Como consecuencia, la Audiencia Provincial concluye que esta "estrategia informativa" es necesaria para una adecuada valoración de los intereses en juego[748]. Es decir, en este caso la ponderación de los "legítimos intereses en presencia" no se había podido realizar adecuadamente porque no se había informado a la víctima de la importancia de su voluntad en la sustanciación del proceso penal. Sin embargo, en mi opinión, tampoco en el caso de que la víctima hubiera sido debidamente informada –si esta se hubiese opuesto expresamente a denunciar los hechos desde el principio– podría el Ministerio Fiscal haber iniciado el proceso penal en base a *otros intereses legítimos* ya que, según el tribunal, el interés público en castigar los delitos no debe formar parte del juicio de ponderación (se afirma que esta ha sido la intención del legislador):

"El metaderecho fundamental de toda persona a la igual consideración y respeto, que se decantade todo texto constitucional pluralista, obliga, especialmente a las autoridades públicas, a tratar con deferencia las opciones personales que sean conformes con los valores constitucionales, *aunque puedan resultar en términos sociales mayoritarios difíciles de entender*. La Sra. Paula de manera porfiada, constante, competente y autónoma ha manifestado su intención de no denunciar los hechos que podrían afectarla. Las razones que ha dado son respetables porque se basan en sus opciones éticas, situacionales, afectivas, emocionales, personales y familiares. Y, por ello, debemos respetarlas, sin perjuicio de las *consecuencias que puedan derivarse en términos de impunidad*. Las cuales, *por expresa voluntad*

[747] *Ibidem*, Cuestión previa 14.

[748] *Ibidem.*

del legislador, no deben formar parteen este supuesto de los elementos del balance"[749].

Por su parte, el Tribunal Supremo, al revolver el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, tampoco trata de forma directa la cuestión de la posible intervención de este en atención a otros intereses. Puede entenderse que comparte las consideraciones expuestas por la Audiencia Provincial, pues confirma su decisión y, como hemos visto, viene otorgando una gran importancia a la voluntad de las víctimas en estos delitos. Esta postura queda recogida de forma muy clara en este párrafo de la sentencia que inadmite el motivo de casación:

> "Las condiciones de procedibilidad son requisitos que el legislador ha exigido, en ocasiones, para actuar procesalmente contra un posible autor de un delito. Se trata de exigencias procesales dispuestas por el legislador para asegurar el respeto a la víctima, a su dignidad, y posibilidad que el sistema penal no agrave la condición de la víctima por la tramitación de un proceso en el cual se va a reconstruir el hecho, de una gravedad inusitada, y que con la reconstrucción del hecho puede verse agravada la condición de la víctima, pues puede ser considerada, en determinados ámbitos, como la causante de un mayor dolor. Son requisitos a partir de los cuales establece un filtro que permite condicionar el inicio del proceso a la voluntad de la víctima, constatando la existencia de intereses que pueden ser contrapuestos, la necesaria retribución al hecho delictivo y el conglomerado de intereses diversos que pueden concurrir y que correspondiera a la víctima que gestionar. No afectan al delito cometido sino a su persecución y es manifestación del protagonismo de la víctima y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación del *ius puniendi*. La víctima es colocada como llave del proceso penal para evitar que su incoación produzca mayores males a sumar a los derivados del hecho delictivo"[750].

De esta jurisprudencia se desprende que el Ministerio Fiscal no puede promover por sí mismo un proceso penal por un delito de agresión o acoso sexual si la víctima se opone expresamente, aunque haya intereses generales que lo aconsejen. En este sentido,

[749] *Ibidem,* Cuestión previa 15. La cursiva es añadida.

[750] *Vid.* FJ 6 de la sentencia del TS anteriormente citada.

desde la práctica jurídica se afirma que "debemos entender el requisito que exige el texto legal como obstáculo para el enjuiciamiento de este tipo de delitos sólo en los casos en los que la víctima o víctimas afectadas, manifiesten de forma expresa y terminante en relación a mostrarse radicalmente en contra de que esos hechos sean investigados y enjuiciados"[751].

Por último, es importante apuntar una pequeña contradicción que se observa en la jurisprudencia del TS. En la sentencia que se acaba de exponer y en otras posteriores[752], se recoge entre los fundamentos jurídicos una referencia a la STS 917/2016, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5293), en la que se afirma lo siguiente sobre las condiciones de procedibilidad:

> "Son requisitos de punibilidad en los cuales el legislador sopesa los derechos e intereses de la persona ofendida o agraviada por el delito y los fines preventivos de la pena y del derecho penal, y permite que la iniciativa corresponda al individuo ofendido y no al Ministerio Fiscal cuando aquél estime que la tramitación del procedimiento supone un menoscabo de su dignidad personal que incrementa los perjuicios que ya de por sí le ocasionó la acción delictiva. Sin embargo, esa perseguibilidad privada es desplazada a manos de la acusación pública en el caso de que concurra un *interés general* relevante o cuando al afectar el delito a una *pluralidad de sujetos* se pondere que el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquiere una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal".

Resulta bastante confuso que el Tribunal Supremo acuda a esta sentencia en su análisis sobre el artículo 191.1 CP, pues la misma se refiere a un delito contra la intimidad y no a un delito sexual. Como ya se ha dicho, el art. 201 del Código Penal sí que permite que los hechos sean perseguidos de oficio cuando el delito afecte "a los intereses generales" o "a una pluralidad de personas". En el supuesto que analiza la STS 917/2016, existía una pluralidad de víctimas porque el acusado había colocado una cámara en el

---

[751] *Vid.* OGUETA, (17 de septiembre de 2023), «Denuncia de la víctima: requisito en agresiones sexuales», *Sin animus molestandi: blog jurídico de derecho procesal y penal*, Disponible en: https://ogueta69.wordpress.com/2023/09/17/denuncia-victima-requisito-en-agresiones-sexuales/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[752] *Vid.* STS 891/2022, de 11 de noviembre, FJ 3.2 (ECLI:ES:TS:2022:4755).

cuarto de baño de un centro escolar, por lo que no era necesaria la denuncia de cada una de ellas. Sin embargo, en mi opinión, esta interpretación no es aplicable a los delitos de agresión y acoso sexual, ya que entonces debería ser modificado el artículo 191. Por tanto, cuando estos delitos afecten a una pluralidad de víctimas, será necesario que todas ellas muestren su consentimiento con la continuación del proceso[753].

En definitiva, la jurisprudencia inclina la balanza a favor de atender a la voluntad de las víctimas de agresión y acoso sexual y, por tanto, no considera que sus intereses deban ceder frente a las necesidades retributivas y preventivas que existen en estos delitos. No obstante, lo cierto es que la cláusula del art. 191.1 CP deja abierta la puerta para que estos intereses generales entren a formar parte del juicio de ponderación que el Ministerio Fiscal debe realizar, por lo que perfectamente podría defenderse la postura contraria. Postura que, por otra parte, se encuentra respaldada por un importante sector doctrinal y ello tanto respecto a la interpretación de la redacción actual del art. 191.1 CP, como también por lo que toca a su posible reforma de *lege ferenda*, como veremos *infra* en el Capítulo V[754].

En cuanto a lo primero, ALMODÓVAR PUIG se opone a que la voluntad de la víctima deba ser determinante ya que "de lo contrario, la reforma introducida en el art. 191 carecería de sentido, pues de exigirse aún el consentimiento (o la previa denuncia) de la víctima en todo caso, la interposición de querella por parte del Ministerio Público sería una mera redundancia. Tampoco hacer ningún tipo de distinción entre presentación de denuncia o querella, incluso, de exigir la ponderación de los intereses en presencia. Si aun para la iniciación del procedimiento penal a instancias de la Fiscalía fuese necesaria la aquiescencia de la víctima, dicha valoración de conveniencia carecería de sentido"[755].

---

[753] *Vid.* STS 311/2020, de 15 de junio, FJ 6 (ECLI:ES:TS:2020:2160); STS 891/2022, de 11 de noviembre, FJ 3.2 (ECLI:ES:TS:2022:4755). *Vid.* también CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 775.

[754] Veremos los argumentos a favor de la persecución a instancia del Ministerio Fiscal en el Cap. V. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, "entre los intereses públicos a considerar hay que atender a todos aquellos que abogan por la conversión de estos delitos en infracciones perseguibles de oficio o públicas" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 584).

[755] ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 343. A continuación añade que "el Ministerio Público podrá provocar el inicio del procedimiento penal pese a la pasividad de la víctima, si bien no basta la mera interposición de denuncia, sino de querella previa ponderación de los intereses afectados, lo que implica la posibilidad de actuar siempre y cuando la víctima mayor de edad no sufriera con el proceso un daño moral igual o más grave que el producido por el hecho delictivo, como consecuencia de la

De la misma opinión es DE TORRES GUAJARDO, que además adopta un posicionamiento crítico hacia la sentencia que se acaba de exponer, afirmando que "habría sido más razonable la adopción de un criterio más flexible, y no tan formalista como el seguido"[756]. Según este autor, el impulso del Ministerio Fiscal, presentando el escrito de conclusiones provisionales debería haber sido suficiente para cumplir con el requisito formal de querella[757]. No obstante, este autor se basa en que el Ministerio Fiscal puede perseguir los hechos en contra de la voluntad de la víctima si aprecia que existe un interés general en la persecución del delito, argumentando que así lo reconoce la propia resolución al citar la sentencia 917/2016[758]. Sin embargo, como se acaba de explicar, no es correcto recoger esta sentencia relativa a un delito contra la intimidad para fundamentar la persecución pública de un delito sexual, pues la regulación sobre la posible intervención paralela del Ministerio Fiscal es distinta.

Otra crítica de DE TORRES GUAJARDO que, a mi juicio, tiene un mayor peso, es la relativa a que en este caso ya se había producido la victimización secundaria. Es decir, la víctima tuvo que declarar y revivir los hechos, por lo que el objetivo del requisito de perseguibilidad del art. 191.1 no se había cumplido[759]. Por tanto, el autor considera que obstaculizar la actuación del Ministerio Fiscal en este supuesto carece de fundamento y supone volver a otorgar eficacia al perdón de la víctima[760].

Todo lo expuesto hasta ahora queda muy bien reflejado en un caso que recientemente ha sido objeto de una gran polémica entre la opinión pública: el famoso beso de Luis Rubiales a Jennifer Hermoso. Por un lado, había quienes entendían que se

---

comparecencia de ésta en el procedimiento; o bien cuando el interés público prime sobre el del agraviado, como sucedería en el supuesto de reincidencia o de delincuencia habitual".

[756] DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., p. 9.

[757] "Habría sido posible considerar que la voluntad del Ministerio Fiscal de solicitar la condena, es equiparable al acto formal de querella, y que necesariamente el ejercicio de tal acción penal en el procedimiento, habrá venido precedida por el oportuno juicio de ponderación de los legítimos intereses en presencia, llegando a la conclusión de la oportunidad de instar la condena del acusado, aun contra la voluntad de la víctima" (*ibidem*).

[758] *Ibidem.*

[759] *Ibidem.*

[760] "La absolución en sentencia por apreciación de la falta de del requisito analizado, produce efectos semejantes a los de una nulidad de actuaciones, pues el tribunal prescinde de la valoración de la prueba practicada y de su resultado, concediendo a la voluntad de no querer la condena del acusado por parte de la víctima los efectos de un verdadero perdón" (*ibidem*). Apoya la tesis de DE TORRES GUAJARDO: CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 794-795.

trataba de un delito que podía perseguirse de oficio[761], mientras que otros decían que hacía falta la denuncia de la víctima[762]. Finalmente se abrió un proceso penal porque la víctima lo denunció, pero, de no haberlo hecho, no se habría podido continuar con la investigación.

En este caso la Fiscalía de la Audiencia Nacional recordó que la persecución pública estaba limitada por el requisito de que establece el art. 191.1[763]. Según ÁGEDA y HERRERA, "fuentes fiscales ya advertían de que sin denuncia de la víctima sería complicado que el procedimiento pudiera prosperar, pues la Fiscalía solo suele actuar de oficio en casos en los que la víctima ha fallecido, no ha podido denunciar por otra causa o se trata de un menor y sus padres o tutores no quieren dar ese paso. La decisión de Hermoso de denunciar a Rubiales abre ahora un nuevo escenario"[764].

Es decir, en la práctica la cláusula del art. 191.1 CP no ha supuesto una verdadera *publificación* de los delitos de agresión y acoso sexuales, sino que siguen tratándose como infracciones semipúblicas puras, en las que la víctima (mayor de edad y sin discapacidad) tiene en todo momento la llave del proceso penal. Solo en supuestos determinados de minoría de edad, discapacidad necesitada de especial protección y desvalimiento podrá iniciar el proceso el Ministerio Fiscal, pero en estos casos se aplicará el segundo inciso del artículo 191.1, es decir, el régimen especial que estudiaremos en el apartado siguiente.

El supuesto de víctimas fallecidas sería entonces el único para el que resultaría operativa la cláusula de los "intereses en presencia" (a no ser que entendamos que esta situación puede incluirse en el desvalimiento, como ha propuesto algún autor[765]). Como vimos en el Capítulo II (VI.1), el régimen de procedibilidad en el caso de víctimas

---

[761] *Vid.* OSPINA ABOGADOS, (22 de agosto de 2023), «¿Es perseguible de oficio el beso "robado" de rubiales a Jenni hermoso?», *Ospina Abogados: Especialidad Derecho Penal*, Disponible en: https://ospina.es/es-perseguible-de-oficio-el-beso-robado-de-rubiales-a-jenni-hermoso/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[762] *Vid.* MONTES, P., (23 de agosto de 2023), «Los obstáculos de la vía penal contra rubiales», *Economist & Jurist*, Disponible en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/los-obstaculos-de-la-via-penal-contra-rubiales/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[763] *Vid.* ÁGUEDA, P., HERRERA, E., (6 de septiembre de 2023), «Jenni Hermoso declara ante la Fiscalía y formaliza su denuncia por el beso no consentido de Luis Rubiales», *ElDiario.es*, Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/jenni-hermoso-declara-fiscalia-formaliza-denuncia-beso-no-consentido-luis-rubiales_1_10492387.html (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[764] *Ibidem.*

[765] *Vid.* aparatado V.3 de este capítulo.

fallecidas plantea muchas incógnitas, y el TS ha establecido la necesidad de que las víctimas indirectas se personen como acusación particular para entender cumplido el requisito de perseguibilidad, aunque es cierto que esta jurisprudencia se ha desarrollado alrededor de delitos semipúblicos en los que no se prevé la intervención alternativa del Ministerio Fiscal (arts. 142.2, 172 *ter* y 201 CP). Es decir, el papel de las víctimas indirectas en el enjuiciamiento de estos delitos es fundamental, pero en los delitos de agresión y acoso sexuales la redacción del art. 191.1 haría que fuese suficiente con la acusación del Ministerio Fiscal (es decir, que no sea obligatorio que los familiares sostengan una acusación particular, pues el fiscal puede presentar la correspondiente querella).

Ahora bien, convendría reflexionar sobre si los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia se desvanecen tras la muerte de la víctima, pues su derecho a la intimidad *post mortem* puede ser un buen motivo para no iniciar un proceso penal[766]. A mi juicio, deben diferenciarse aquellos casos de delitos sexuales que están conectados con la muerte, de aquellos que sufrió la víctima con anterioridad y decidió no denunciar. Mientras que la persecución de los primeros podría estar justificada (además su prueba es necesaria para una eventual condena a través del art. 140.1.2.ª CP), en los segundos debería respetarse lo que fue la voluntad de la persona, para no vulnerar su intimidad. No considero que el Ministerio Fiscal deba iniciar un proceso en este caso, y tampoco los familiares, por los motivos que ya expusimos en el Capítulo II (VI.1).

V. RÉGIMEN ESPECIAL

El art. 191.1 del Código Penal recoge un régimen especial "cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida". En estos casos no se hace referencia alguna a la persona agraviada, sino que, directamente, se establece que "bastará la denuncia del Ministerio Fiscal".

[766] Lo que la doctrina jurídica denomina "personalidad pretérita". *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La llamada "personalidad pretérita": datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 5, 2016, p. 204, con ulteriores referencias.

Ahora bien, esto no significa que en todos los casos en los que la víctima tenga estas características el proceso penal deba ser puesto en marcha por el Ministerio Público, sino que también existe la posibilidad para estas víctimas de denunciar por sí mismas o a través de un representante legal. Por ello, resulta necesario abordar en primer lugar esta vía y, posteriormente, se estudiará qué papel debe asumir el fiscal en estos casos.

1. La denuncia de la víctima menor de edad

Este primer supuesto no plantea demasiados problemas: debemos entender por persona menor de edad toda aquella no emancipada que no goce de la mayoría de edad. Como es sabido, nuestra legislación civil establece que la mayor edad comienza a los 18 años (art. 239 CC) y que los padres tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados (art. 162 del CC). Además de los padres, el representante podrá ser un tutor legal en el caso de que los progenitores no ostenten la patria potestad o cuando el menor se encuentre en situación de desamparo (art. 199 CC). Esto último tiene una especial relevancia en el tema que nos ocupa, pues los menores en situación de desamparo pueden encontrarse bajo la tutela de una entidad pública, por lo que en estos casos será esta quien represente al menor en el proceso penal[767].

Ahora bien, según el artículo 162 del CC, se exceptúan de la regla general de la representación aquellos "actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo". Es decir, si se considera que el menor tiene las condiciones de madurez necesarias, este podrá interponer la denuncia por sí mismo. Si bien es cierto que el artículo 102 de la LECrim no permite ejercer la acción penal a quien no goce de la plenitud de derechos civiles, se debe tener en cuenta que en este caso se trata únicamente de denunciar, no de personarse como acusación particular. Además de ello, como se estudió en el Capítulo II (IV), el artículo 260 de la LECrim establece que están exentos de la obligación de denunciar los "impúberes" y quienes "no gozaren de pleno uso de su razón", pero la doctrina entiende que esta norma no implica

[767] Así lo apuntan, entre otras, CUGAT MAURI, M., «Lección 21ª: Disposiciones comunes…» cit., p. 718; DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII: Delitos contra la libertad…» cit., p. 715.

que la denuncia de estas personas no deba ser atendida (las autoridades han de proceder en todo caso a su comprobación).

Según cierto sector doctrinal, los menores de edad solo podrán denunciar los delitos públicos, porque en los delitos semipúblicos la denuncia es una "verdadera declaración de voluntad y mediante ella se elimina el obstáculo procesal para la iniciación del proceso. En este sentido, dispone con claridad el art. 191 que el denunciante deberá ser mayor de edad"[768]. No obstante, al menos desde 2021 esta afirmación ya no puede sostenerse[769]. La LOPPIIAV ha establecido expresamente la posibilidad de que las personas menores de edad denuncien por sí mismas, al reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes que fueran víctimas de violencia a comunicarlo "personalmente, o a través de sus representantes legales, a los servicios sociales, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y, en su caso, a la Agencia Española de Protección de Datos" (art. 17.1). Asimismo, el artículo 50 señala expresamente que "se permitirá a las personas menores de edad, que así lo soliciten, formular denuncia por sí mismas y sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta" (art. 50.2.e). La violencia sexual forma parte de los delitos que pueden denunciar, pues se recoge dentro del concepto de "violencia" previsto en el artículo primero de la norma.

Por lo que respecta a la denuncia presentada por familiares del menor víctima de agresión o acoso sexual, en el Capítulo II se explicó que la LOPIVI ha modificado el artículo 261 de la LECrim, eliminando la exención del deber de denunciar que este artículo prevé para los familiares y estableciendo la obligación de denunciar determinados delitos (entre los que se encuentran los sexuales) cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Por tanto, se ha ampliado la posibilidad de perseguir los delitos sexuales contra este tipo de víctimas, ya que se ha establecido la obligación de denunciar con independencia de la naturaleza

[768] Así lo afirma FERNÁNDEZ FUSTES, que además añade que ello resulta lógico ya que la víctima ha de poder juzgar racionalmente la conveniencia de que se inicie el proceso penal, lo que requiere cierto grado de madurez. A estos supuestos de mayoría de edad la autora añade a los menores de edad emancipados (FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., *La intervención de la víctima en el proceso penal. Especial referencia a la acción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 148). *Vid.*, en el mismo sentido, MARCOS AYJÓN, M., «La legitimación…» cit., p. 604.

[769] Alude a este cambio de situación: CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 753 y ss.

pública o semipública del delito. Asimismo, esta norma introduce un deber general de denuncia para "toda persona que advierta indicios de una situación de violencia ejercida sobre una persona menor de edad" (art. 15) y un deber de comunicación cualificado para aquellas personas que tengan encomendada la asistencia, el cuidado, la enseñanza o la protección de menores (art. 16).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 2 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor prescribe que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor". Por ello, si se aprecia la existencia de un conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, cabrá el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC)[770]. Así, por ejemplo, si el representante legal fuese el autor de los hechos, podrá designarse un defensor judicial para salvaguardar el interés del menor, todo ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pueda iniciar el procedimiento mediante la interposición de denuncia.

La figura del defensor judicial, si bien ya estaba contemplada en la legislación civil, ha sido desarrollada posteriormente a través del EV y de la LOPIVI. Esta última ha resultado muy clarificadora en lo que se refiere a la perseguibilidad, pues ha regulado expresamente la "legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia" (art. 13):

> "Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia están legitimados para defender sus derechos e intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia.
> Dicha defensa se realizará, con carácter general, a través de sus representantes legales en los términos del artículo 162 del Código Civil. También podrá realizarse a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril.
> En el caso de los niños, niñas o adolescentes bajo la guarda y/o tutela de una entidad pública de protección que denuncian a esta o al personal a su servicio por

[770] Artículo 163 CC: "Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar". Sobre el defensor judicial del menor *vid.* también arts. 235 y ss. CC.

haber ejercido violencia contra ellos, se entenderá, en todo caso, que existe un conflicto de intereses entre el niño y su tutor o guardador".

Según este precepto, con carácter general, todos los menores de edad deben participar en el proceso mediante sus representantes legales, a no ser que se considere conveniente nombrar un defensor judicial, por las razones que establece el artículo 26 del EV. Según dicha disposición, los motivos pueden ser tres:

> "a) Que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
> b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.
> c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares".

Por tanto, el EV amplía los supuestos en los que puede actuar el defensor judicial, pues el Código Civil únicamente recoge el supuesto del conflicto de intereses. Además, según este texto legal, "si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad" (art. 163 CC). Sin embargo, el EV contempla la posibilidad de que el otro progenitor no se encuentre en condiciones de ejercitar la representación (letra b) y se añade que el defensor judicial también podrá nombrarse en aquellos casos en los que, aunque no exista conflicto de intereses, ninguno de los padres o tutores esté presente acompañando al menor en el proceso (letra c).

Por último, conviene tener presente que, aunque el art. 191.1 CP y la normativa que se acaba de exponer se refieren a menores de dieciocho años, la edad que establece el Código Penal para prestar consentimiento sexual se sitúa en los dieciséis años (art. 181

CP)[771]. Según mi parecer, resultaría cuestionable reconocer capacidad para consentir a las personas de entre dieciséis y dieciocho años, pero negarles la de decidir si interponer una denuncia. Como acertadamente apunta DÍEZ RIPOLLÉS, el representante legal únicamente podrá interponer denuncia con la falta de consentimiento del menor si el mismo no tiene capacidad de obrar en este ámbito[772]. Es decir, los padres o tutores únicamente podrán denunciar en contra de la voluntad del menor si este tiene menos de dieciséis años. De hecho, en este último supuesto, el proceso adquiere una total autonomía respecto de la voluntad de la víctima o la de su representante, por lo que, en la práctica no es poco frecuente que se lleven a cabo procedimientos a instancia del Ministerio Fiscal "aun en contra la voluntad de aquel a quien en un principio se trata de proteger"[773].

2. La denuncia de la víctima con discapacidad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, debemos tener en cuenta que su situación legal ha sido radicalmente modificada tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LAPDECJ). Tras la citada reforma, ha desaparecido la incapacitación y con ella, las figuras de la tutela y de la patria potestad prorrogada o rehabilitada[774]. Por ello, en la actualidad, no se modifica la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, pues se entiende que esta es inherente a la condición de la persona humana, sino que se regulan

[771] "Se parte de considerar que, antes de esta edad, no se dispone todavía de la formación y madurez necesaria para consentir libremente en este ámbito de actividad; y se parte, en consecuencia, de que quien interactúa con menores participando con ellos en actividades sexuales se aprovecha (abusa) de ese consentimiento viciado e incurre en responsabilidad penal" (STS 271/2024, de 30 de marzo, FJ 1.3 (ECLI:ES:TS:2024:1925).

[772] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 580.

[773] Así lo reconoce expresamente la STSJ de la Comunidad Valenciana, 150/2024, de 8 de mayo, FJ 4 (ECLI:ES:TSJCV:2024:4087).

[774] Se suprime el antiguo Título IX "De la incapacitación" y se sustituye por otro, denominado "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica" (Título XI del Libro Primero del Código Civil).

una serie de medidas de apoyo para aquellas personas que las necesiten para poder ejercer dicha capacidad jurídica (arts. 249 y ss. CC)[775].

Todo ello tiene importantes consecuencias en relación con la figura del representante legal pues, antes de esta reforma, ostentaban la representación legal aquellas personas designadas por un juez mediante un proceso de incapacitación. En la regulación actual, la representación se contempla como el último recurso de todo un conjunto de medidas de apoyo. Es decir, el representante solo sustituirá la voluntad de la persona representada "en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esta situación de imposibilidad"[776]. Así, la curatela (art. 269 CC), queda configurada como *ultima ratio*, solo para cuando no exista "otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad", y además se añade que "sólo en casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad". Asimismo, se prevé que el guardador de hecho pueda desempeñar funciones representativas, pero con carácter excepcional, mediante resolución judicial y oída la persona con discapacidad (art. 264 CC).

¿En qué afecta la nueva regulación a la cuestión de la legitimación para interponer denuncia *ex* art. 191.1 CP? Pues bien, antes de la reforma de 2021, el representante legal podía adoptar la decisión de denunciar si la sentencia de incapacitación le facultaba para ello, mientras que debía primar la voluntad del incapacitado si el mismo conservaba la capacidad de obrar en este ámbito. Bajo la regulación anterior, la jurisprudencia venía señalando que, si la víctima con discapacidad no tenía representante legal por no haber

[775] Esta norma supone una ruptura con la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que la primera ha sido definida como la aptitud para tener derechos y obligaciones, la segunda se refería a la posibilidad de la persona de ejercer esos derechos y obligaciones. Tras la reforma, ambas capacidades se han unificado en la "capacidad jurídica", que ahora incluye tanto la titularidad de derechos y obligaciones como su ejercicio. Como ha señalado COLMENAR MALLÉN, "la reforma supone un auténtico cambio de concepción, no simplemente de un cambio de terminología, sino que desde el enfoque relativo a que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, se atiente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos" (COLMENAR MALLÉN, M. C., «La capacidad de la persona: evolución histórica, desde el Derecho romano hasta el Derecho actual», en: MONTAÑANA CASANÍ, A., LÁZARO GUILLAMÓN, M. C. (Coords.), *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal*, Publicacions de la Universitat Jaume I y Agencia Estatal BOE, 2023, p. 87).

[776] *Vid.* Preámbulo de la LAPDECJ, apartado III.

sido incapacitada judicialmente, no cabía la denuncia por parte de cualquier familiar, sino que era necesario que en estos casos se procediese mediante la denuncia del Ministerio Fiscal. Así lo estableció, por ejemplo, la STS 1882/2002, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2002:7491), en relación con una víctima de 82 años con una demencia moderada, que no había sido incapacitada judicialmente, por lo que se negó a su hija la legitimación para iniciar el proceso[777].

Con el régimen actual, esta función de representación deberá valorarse por el juez en cada caso concreto y únicamente podrá denunciar en nombre de la víctima con discapacidad el curador o guardador de hecho que tenga expresamente reconocida esta facultad. Por ejemplo, al igual que ocurre con los menores de edad, las personas con discapacidad pueden encontrarse bajo la curatela judicial de una entidad pública y esta podrá representar a la víctima en el proceso[778]. Sin embargo, si la víctima no tiene restringido el ejercicio de su capacidad, no existe ningún impedimento para que pueda presentar una denuncia[779].

Por último, cabe mencionar que la LOPIVI también introdujo importantes mejoras para la situación de las personas con discapacidad en el proceso penal. Así lo hizo, por ejemplo, al posibilitar la grabación de sus declaraciones en fase de instrucción para hacerlas valer en juicio oral, medida que también se encuentra prevista para menores y, tras la LOGILS, para todas las víctimas de violencias sexuales (art. 26.1.a) EV)[780]. Además, la figura del defensor judicial que hemos expuesto anteriormente también resulta de aplicación a las personas con discapacidad (art. 26.2 EV). No obstante, los supuestos de conflictos con el representante legal (para los que está prevista la figura del defensor judicial en el EV) se verán reducidos en los casos de personas con discapacidad al haber desaparecido la figura de la incapacitación tras la reforma de 2021.

Como señala MUYO BUSSAC, estas medidas introducidas en el EV siguen un enfoque "tuitivo-proteccionista", destinado a reducir la victimización secundaria, pero no

---

[777] Sobre esta resolución, *vid.* CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 419; CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 752 y ss.

[778] A modo de ejemplo, *vid.* SAP de Madrid 509/2024, de 13 de marzo (ECLI:ES:APM:2024:2223A).

[779] ATS 986/2024, de 13 de junio, FJ único (ECLI:ES:TS:2024:9642A).

[780] *Vid.* también arts. 449 ter, 703 bis, 777.3 y 788.2 LECrim.

atienden a las necesidades específicas de las personas con discapacidad para que puedan prestar declaración en condiciones de igualdad con el resto de la población general[781]. En efecto, este autor denuncia que "el enfoque de la regulación de las especialidades del testimonio de la persona con discapacidad se ha realizado siempre en paralelo a las del menor de edad, homogeneizando necesidades de realidades heterogéneas"[782]. Ha sido la LAPDECJ la que ha realizado una aproximación diferente y, mediante la introducción del artículo 7 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende atender a las particularidades propias del testigo con discapacidad[783]. El citado precepto regula el derecho de la persona con discapacidad a entender y a ser entendida[784] y, para ello, introduce una nueva figura que nos interesa especialmente en el tema que nos ocupa: la de "un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajustes necesarias". Pues bien, esta reforma tiene una gran importancia en relación con la perseguibilidad, pues precisamente la función del facilitador es la de informar a la víctima con discapacidad sobre el funcionamiento del sistema policial y judicial y, entre otras cosas, le asesorará sobre la decisión de denunciar[785].

En definitiva, tras la LAPDECJ es la persona con discapacidad la que por sí sola puede denunciar ayudada, en su caso, por el citado agente facilitador. Solo en los casos excepcionales en los que exista un curador o un guardador de hecho con esa facultad especialmente asignada judicialmente podrá iniciarse el proceso a instancia del representante legal. Asimismo, si se apreciase un conflicto de intereses entre este y la víctima, podrá designarse un defensor judicial. Todo ello sin perjuicio de que el

[781] MUYO BUSSAC, P., «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en: MORENO FLÓREZ, R. M. (Dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 73.

[782] *Ibidem.*

[783] Esta regulación es de aplicación supletoria al proceso penal *ex* art. 4 de la LEC.

[784] Si bien ya se contemplaba en el art. 4 del EV, el art. 7 bis de la LEC lo amplía a todas las personas con discapacidad inmersas en un proceso penal con independencia de si son o no la víctima del delito.

[785] *Vid*., sobre las funciones del agente facilitador, RECIO ZAPATA, M., ALEMANY, A., MANZANERO PUEBLA, A. L., «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 43, n.º 243, 2012, pp. 62 y ss. Diferentes autores venían reclamando la necesidad de dicha figura y su introducción ya había sido propuesta con anterioridad en el Congreso, con ocasión de la reforma 1/2015 del Código Penal: Enmienda nº 9 presentada por el Sr. Joan Baldoví en nombre del Grupo Mixto en el Congreso (BOCG, Congreso, Serie A núm. 66-2, 10.12-2014, pp. 20 y ss.) *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección», en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 114.

procedimiento pueda iniciarse mediante denuncia del Ministerio Fiscal si se aprecia que la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección que no se encuentra en condiciones de formular la denuncia por sí misma.

Como se ha estudiado, en el primer inciso del art. 191.1 se prevé que el Ministerio Fiscal pueda iniciar el proceso penal mediante la interposición de una querella, tras ponderar los intereses en juego. Sin embargo, en el régimen especial, referido a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o personas desvalidas, el art. 191.1 establece que "bastará la denuncia del Ministerio Fiscal". Es decir, en estos casos, se permite al Fiscal dar inicio al proceso a través de un cauce menos formal. Pues bien, aunque el concepto de "menor de edad" que se ha expuesto anteriormente resulta ahora de aplicación, todavía falta por aclarar qué significan los términos "persona con discapacidad necesitada de especial protección" (en adelante, persona con discapacidad NEP) y "persona desvalida".

El Código Penal establece, por un lado, que "se entiende por *discapacidad* aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (art. 25.1 CP). A continuación, se añade que "se entenderá por *persona con discapacidad necesitada de especial protección* a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente" (art. 25.2 CP).

La redacción actual del precepto es fruto de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 pues, con anterioridad, se empleaba el término "incapaz" y se definía como "toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma". Esta reforma afectó de forma indirecta al art. 191.1 CP, en el que también se introdujo el mencionado cambio terminológico.

La definición penal anterior a la reforma de 2015 se asimilaba al antiguo concepto civil de incapaz que recogía el art. 200 del Código Civil, derogado tras la reforma de

2021[786]. La principal diferencia que existía, por tanto, entre el concepto penal y el civil es que este último requería la existencia de una resolución judicial previa de incapacitación, mientras que el concepto penal no la exigía[787]. Tras la reforma de 2015, la definición penal de discapacidad en el art. 25 se alejó de los conceptos civiles, incorporando la definición propuesta por los tratados internacionales y acercándose, así, a los conceptos propios del ámbito administrativo[788].

Sin embargo, con la LAPDECJ el concepto civil se aproxima de nuevo al concepto penal de discapacidad ya que, como se acaba de exponer, la legislación civil hace referencia a aquella persona mayor de edad o menor emancipada que precise medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Por su parte, el artículo 25 del CP también se refiere a la asistencia o apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, por lo que es evidente que ambas normas parten de la misma idea: la de acompañar a la persona con discapacidad en la toma de decisiones mediante una serie de medidas de apoyo, reconociendo su plena capacidad jurídica, sin negarla ni limitarla.

Otra de las diferencias que viene señalando la doctrina entre el concepto civil y el penal es que este último debe adaptarse al contexto propio de cada delito[789] (por ejemplo, para valorar si en un caso concreto la situación de la víctima puede suponer la aplicación de un subtipo agravado). Por lo tanto, debido a que el art. 191.1 CP se refiere a personas con discapacidad NEP, el Ministerio Fiscal deberá llevar a cabo una aproximación material sobre las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto[790]. La víctima únicamente será una persona con discapacidad NEP en el sentido de este artículo si se entiende que sus deficiencias psíquicas pueden afectar a su capacidad para tomar la decisión de interponer la denuncia. De lo contrario, será de aplicación el régimen general.

3. Las personas desvalidas

[786] Art. 200 CC (antes de la reforma de la LAPDECJ): "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

[787] *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad…» cit., p. 115.

[788] *Ibidem*, pp. 118 y ss.

[789] *Ibidem,* p. 116.

[790] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., 582.

Por otra parte, es preciso definir el concepto de "persona desvalida", pues este se contempla como un tercer supuesto, distinto de la minoría de edad y de la discapacidad, en el que podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Se trata de una figura que proviene de la legislación penal decimonónica y que, como tuvimos ocasión de analizar en el capítulo anterior, hacía referencia a aquellas situaciones en las que la víctima "por su edad o estado moral" no pudiese comparecer en juicio y no tuviera familiares que denunciasen por ella (la doctrina aludía generalmente a situaciones de orfandad)[791].

Con anterioridad a la aprobación del Código Penal de 1995, la doctrina consideró que el concepto debía actualizarse, de manera que no se refiriese únicamente a casos de ausencia de familiares, sino que el desvalimiento debía ser interpretado "en un sentido humano y real de inexistencia de amparo"[792]. De este modo, la persona desvalida pasó a ser entendida como toda aquella que se encontrase en una situación de desamparo que le impidiese iniciar la acción penal[793]. Sería, por tanto, un cajón de sastre donde tendrían cabida las víctimas que necesitasen la asistencia del Ministerio Fiscal para hacer valer sus derechos en el proceso penal, pero no fueran menores ni personas con discapacidad NEP.

La doctrina ha criticado la figura del desvalimiento por ser un término un tanto vago y confuso[794], y se ha demandado que sea precisado por el legislador, habida cuenta de que aparece en muchos delitos perseguibles previa denuncia (arts. 161.2, 228, 267, 287.1, 296.1 CP)[795]. No obstante, a mi juicio, puede que no resulte conveniente que el

---

[791] Si bien es cierto que cierto sector doctrinal exigía que el concepto se ampliase también a aquellos supuestos en los que la víctima sí tuviera familiares, pero ninguno de ellos quisiese denunciar (*supra* Capítulo III, VIII).

[792] QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios…* cit., p. 811. *Vid.* también, GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., pp. 451-452.

[793] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 193.

[794] "Resulta una mención un tanto vaga e indefinida, ya que lo único que se desprende del tenor del art. 191 es que se trata de una tercera categoría, distinta de la minoría de edad y de la discapacidad. Sin embargo, a partir de ahí todo son interrogantes pues no queda claro cuándo existe desvalimiento, ni si en tales casos resultarán válidas tanto la denuncia (sin necesidad de querella) del Ministerio Fiscal como de la propia víctima. Tal imprecisión genera cierta inseguridad jurídica" (LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 213).

[795] MARTÍNEZ GARAY menciona que dicha propuesta se planteó durante el trámite parlamentario de la LO 1/2015, pero fue rechazada: "Enmienda nº 410 de Convergència i Unió en el Congreso (BOCG, Congreso, Seria A núm. 66-2, 10-12-2014, pp. 278 y ss.), reiterada como núm. 852 en el Senado, que proponía definir también en el art. 25 CP el término "persona desvalida" a los efectos, según la fundamentación que se acompañaba, de clarificar el supuesto en que los delitos contra las relaciones familiares el Ministerio Fiscal puede interponer denuncia en nombre de esta clase de sujetos" (MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad…» cit., p. 114).

legislador delimite esta figura, pues toda definición legal deja supuestos fuera de la misma, y esta vía de escape puede ser útil para acoger aquellos casos que no quepan en la definición de discapacidad NEP del artículo 25.2 CP. Por esta vía podrían encontrar protección, por ejemplo, las personas mayores que no se encuentren en condiciones de realizar una denuncia[796].

Según RODRÍGUEZ MARÍN, "podría ser una persona desvalida aquella que en el momento de la comisión del delito se encuentra en una situación vulnerable, por ejemplo, durante el padecimiento de una enfermedad que la debilita o una situación emocional delicada que la hace más indefensa y desamparada frente a otras que no lo padecen. Es una categoría distinta a las personas con discapacidad que pretende no generar una laguna legal y desproteger a un determinado grupo de personas"[797]. Ahora bien, como ya se anotó en el Capítulo II (V.3), no debe caerse en el error de considerar de forma automática que todas las mujeres que sufren violencia son personas que se encuentran en una "situación emocional delicada". Como ya se dijo, cierto sector doctrinal considera que todas las víctimas de violencia de género en la pareja son desvalidas, lo cual, a mi juicio, es una concepción excesivamente paternalista e implicaría convertir en perseguibles de oficio todos los delitos sexuales cometidos por un hombre contra su pareja.

Por último, como apunta ALONSO RIMO, cabe plantearse la posibilidad de que el concepto de desvalimiento "pudiera extenderse a las víctimas fallecidas y colmar de esta forma la falta de previsión legal que concurre en estos casos para que se pueda iniciar

---

[796] Como apunta CATALINA, las personas mayores son víctimas vulnerables de los que se olvida el Estatuto de la Víctima (CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., pp. 752, 783 y ss.). *Vid.* también VILLAR FUENTES, I., «Maltrato a personas mayores ¿víctimas vulnerables "olvidadas"?», en: BUJOSA VADELL, L. M., DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 205 y ss. En este sentido, se ha criticado que no se haya introducido la figura del facilitador en relación con las personas mayores (*vid.* CATALÁN CHAMORRO, M. J., «La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 63, 2024, p. 37).

[797] RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Instituciones civiles en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., ESQUINAS VALVERDE, P. (Dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 159 y ss. La doctrina suele incluir en este concepto a las personas extranjeras (*vid.* CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Título X: Capítulo I», en: VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1010).

de oficio el proceso penal"[798]. No obstante, el autor reconoce que esta es una interpretación "ciertamente forzada". En efecto, para defender esta postura, habría que entender que una víctima puede estar "desvalida" sin estar "viva", y apreciar que está en una situación de desamparo o abandono. No obstante, como ya se ha dicho (*supra* IV.2.3), en principio en estos casos también podría iniciarse el proceso a través del inciso primero del artículo 191.1, por lo que no sería necesario forzar esta interpretación de la figura del desvalimiento.

4. La intervención del Ministerio Fiscal mediante denuncia: ¿actuación obligatoria o potestativa?

Una vez delimitados los sujetos a quienes resulta de aplicación este régimen especial, podemos concretar qué significa que "*bastará* la denuncia del Ministerio Fiscal". Lo cierto es que, en una primera lectura, este segundo inciso del art. 191.1 CP trasmite la impresión de que la persecución deberá ser de oficio en estos casos. Impresión que se refuerza si se tiene en cuenta que en los demás delitos semipúblicos en los que se prevé un régimen especial (arts. 161.2, 228, 267, 287, 296 CP), el legislador ha utilizado un término diferente, pues dice que "también *podrá* denunciar el Ministerio Fiscal"[799], mientras que en los delitos de agresiones y acoso sexuales, al decirse "bastará", no queda tan claro que la intervención del Ministerio Fiscal sea potestativa.

En la doctrina, hay quienes consideran que el Ministerio Fiscal no está obligado a interponer denuncia en todo caso, sino que puede no hacerlo si aprecia que ello es lo más conveniente en atención al interés del menor, la persona con discapacidad NEP o la persona desvalida[800]. Y por ello se ha criticado que el legislador no exija en estos casos

---

[798] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 179 (n. 165).

[799] Asimismo, el art. 105.2 de la LECrim prescribe que "en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también *podrá* denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida".

[800] De esta opinión es DÍEZ RIPOLLÉS que considera que "una interpretación distinta privaría injustificadamente a estos sujetos de la posibilidad de beneficiarse de las ventajas que *ope legis* se estima pueden derivar en ocasiones de la no persecución de estas conductas" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 583). Según este autor, el fiscal deberá respetar la decisión del menor y de la persona con discapacidad que puedan determinarse en el ámbito sexual (así como la de la persona desvalida cuya situación no le haya impedido el acceso a la justicia). Por tanto, solo procederá la denuncia, previa ponderación de intereses, cuando la persona no pueda ejercer su derecho de acceso a la justicia. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA ha señalado que el fiscal debe ponderar "las circunstancias

expresamente la ponderación de intereses que sí requiere en el primer inciso del precepto, pues puede que la víctima no se encuentre en condiciones de realizar la denuncia, pero que existan otros intereses que aconsejen no iniciar el proceso penal[801]. No obstante, el hecho de que el legislador no exija la citada ponderación puede interpretarse como que en estos supuestos el Ministerio Fiscal debe "formular denuncia en todo caso"[802]. Por ello, un importante sector doctrinal considera que los delitos de agresión y acoso sexuales pasan a convertirse en delitos totalmente públicos, siendo irrelevante la voluntad de la persona agraviada[803]. Así, por ejemplo, ALMODÓVAR PUIG asegura que "cuando la víctima es menor de edad, incapaz o desvalida, el Ministerio Público podrá actuar de oficio si el delito cometido es constitutivo de agresión, abuso o acoso sexual, y esta vez sin necesidad de hacer ponderación de los intereses que puedan concurrir"[804].

Según mi parecer, esta última interpretación doctrinal no es acertada porque cuando el legislador afirma que "bastará denuncia", únicamente se refiere a que en estos casos no será preceptiva la interposición de una querella, como sí se exige en el régimen

---

concurrentes en cada caso teniendo en cuenta no solo las necesidades de respuesta penal sino también las posibilidades de llevar adelante la persecución y los efectos que el proceso puede tener para el menor en términos de victimización secundaria" (TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011», en: VILLACAMPA ESTIARTE, C., AGUADO-CORREA, T. (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 97). *Vid*., en un sentido similar, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 182; LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 425.

[801] *Vid*., en este sentido: LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: LAMARCA PÉREZ, C. (Dir.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 219: "en estos supuestos no se requiere que el representante público realice ponderación alguna de los intereses que puedan concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento". En la misma línea, LIBANO BERISTAIN considera "que dicha intervención no puede ser en ningún caso automática, pese a no existir –a diferencia de lo que sucede cuando la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida– cláusula alguna que prevea la necesidad de realizar algún tipo de ponderación. Aún con todo, somos conscientes de que la literalidad de la ley puede llevar a preferir en ambos casos la solución contraria" (LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 215).

[802] *Vid.*, en este sentido, CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 1102. De la misma opinión, SILVA CASTAÑO, M. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., pp. 764-765.

[803] De esta opinión, entre otras: GÓMEZ INIESTA, D. J., «CAP VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 463; SOLETO MUÑOZ, H., OUBIÑA BARBOLLA, S. (Dirs.), *Reformulando el tratamiento procesal…* cit., p. 183; DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII: Delitos contra la libertad…» cit., p. 715; CANO CUENCA, A., «La intervención del fiscal…» cit., p. 290.

[804] ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 344.

general[805]. Además, como se expuso en el Capítulo II (V.1), el art. 105 de la LECrim fue reformado en 2015, estableciendo que en los delitos perseguibles a instancia de la víctima "también *podrá* denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida". Por tanto, esta disposición viene a confirmar el carácter potestativo de la denuncia del fiscal.

Esta misma interpretación es la que sostiene en diferentes documentos la Fiscalía General del Estado, por lo que, en la práctica, los fiscales están llevado a cabo una ponderación de intereses en estos casos. Ya la Circular 2/1990, de 1 de octubre, señalaba que se debían tener en cuenta "no sólo los intereses públicos de la persecución del delito sino también los intereses personales del menor o incapaz, al que ante todo viene obligado el fiscal a tutelar, de modo que puede darse el caso de que tales intereses bien por el impacto que en su formación pueda tener la celebración del juicio bien por otras razones en que el beneficio para el menor esté a favor de la impunidad, aconsejen no denunciar"[806]. A continuación, se añade que "en caso de duda los fiscales pedirán asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales en orden a ese punto, teniendo en cuenta que, como delito semipúblico, no están en este terreno sometidos a la obligación que impone el artículo 105 de la LECrim y sí en cambio a la defensa de los intereses del menor o incapaz, conforme al artículo 3.º, número 7 del Estatuto"[807].

Posteriormente, en las Memorias de 2009 y 2012[808], se afirma que cuando la víctima es menor se debe ponderar la conveniencia de interponer denuncia o querella y, en la anteriormente citada Memoria de 2023, se establece que las diligencias de investigación "serán el cauce necesario para valorar la presentación de denuncia en aquellos delitos en los que por ser la víctima menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección su interposición opere a modo de condición objetiva de procedibilidad"[809]. Como consecuencia, en algunas sentencias

[805] Así lo destacan ORTS BERENGUER y ALONSO RIMO, que insisten en que no significa que el legislador haya pretendido consignar un principio de legalidad procesal en este ámbito (ORTS BERENGUER, E., ALONSO RIMO, A., «La reforma de los delitos…» cit., pp. 60-61).

[806] *Vid.* Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, párrafo IV, apartado E.1.º.

[807] *Ibidem.*

[808] Memorias de la FGE de 2009 (pp. 110 y ss.) y de 2012 (p. 1879 y ss.).

[809] Memoria de la FGE de 2023, p. 1328.

sobre víctimas menores de edad y con discapacidad NEP se hace referencia a que el Ministerio Fiscal ha llevado a cabo la mencionada ponderación de intereses[810].

En la práctica, según CANO CUENCA, "no faltan supuestos en los que el Fiscal presenta denuncia cuando se trata de una persona menor de edad, incapaz o persona desvalida, y su legal representante o tutor rehúsa denunciar o, incluso, una vez denunciado el hecho, no desea continuar con la tramitación del mismo"[811]. En opinión de esta autora, una vez la víctima o su representante han manifestado que no desean continuar, el Ministerio Fiscal "debe dejar clara […] su postura de continuar con la persecución de los hechos, presentando la oportuna denuncia", ya que asegura haber conocido "algún caso, donde la denuncia, entendida como manifestación de voluntad de continuar con la persecución del delito, se ha llegado a redactar en una fase ya avanzada de la instrucción penal, junto a la solicitud de apertura del juicio oral"[812].

Por todo ello, podemos concluir que en ningún caso los delitos de agresiones y acoso sexuales serán delitos totalmente públicos, puesto que, aunque el fiscal tiene en sus manos la iniciación del procedimiento, ya sea mediante querella en unos casos o mediante simple denuncia en otros, siempre debe efectuar primero una ponderación que tenga en cuenta especialmente los intereses de las víctimas.

VI. LA PROHIBICIÓN EXPRESA DEL PERDÓN

El Código Penal de 1995 reproduce en el apartado segundo del artículo 191 la prohibición del perdón que ya recogía el artículo 443 del Código penal anterior (como se expuso en el Capítulo III, esta fue una modificación que se introdujo tras la Ley Orgánica 3/1989). Así las cosas, en la actualidad el precepto dicta lo siguiente:

[810] A modo de ejemplo, *vid.* sobre personas con discapacidad NEP: ATS 986/2024, de 13 de junio, FJ único (ECLI:ES:TS:2024:9642A). Sobre menores: SAP de Oviedo 569/2023, de 4 de diciembre, FJ 2 (ECLI:ES:APO:2023:1225A).

[811] CANO CUENCA, A., «La intervención del fiscal…» cit., p. 291.

[812] *Ibidem.*

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

Como el texto se refiere a "estos delitos" podría interpretarse que el art. 191.2 solo prohíbe el perdón en los delitos de agresiones y acoso sexuales (que son los únicos mencionados en el apartado 1 del precepto al regular la perseguibilidad). Sin embargo, en el resto de los delitos contra la libertad sexual tampoco cabe el perdón de la víctima, porque lo impide la regulación general del perdón en la parte general del Código, según lo establecido en el art. 130:

"1. La responsabilidad criminal se extingue:

"5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla[813]

En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal"[814].

Por lo tanto, dado que el resto de los delitos contra la libertad sexual no son delitos leves y se persiguen de oficio, en los mismos tampoco tendrá eficacia el perdón de la víctima. Por eso mismo, no habría sido necesario que el legislador excluyera expresamente el perdón en el art. 191.2, pues el art. 130 establece que el perdón del ofendido únicamente excluye la responsabilidad criminal cuando "la ley así lo prevea", por lo que hubiese bastado con omitir cualquier referencia al mismo para que no tuviera eficacia[815]. No obstante, como apunta CUGAT MAURI, el legislador mantuvo este

[813] Con esta nueva regulación en la parte general, el legislador solventa la antinomia que se producía en el Código Penal anterior entre el art. 443 y el 112, que reconocía el perdón en todos los delitos perseguibles previa denuncia o querella. *Vid.* ORTS BERENGUER, E. «Disposición común…» cit., p. 480.

[814] Como ya se dijo en el Capítulo II (III.2), esta disposición es fruto de la reforma de la LOPIVI. Con anterioridad, el art. 130 permitía el perdón del representante legal.

[815] LIBANO BERISTAIN considera que "tal referencia resultaba innecesaria" (LIBANO BERISTAIN, A., Los delitos semipúblicos… cit., p. 218). En el mismo sentido, CATALINA BENAVENTE, M. A., «Los "legítimos intereses…» cit., p. 763. DÍEZ RIPOLLÉS, por su parte, ha calificado el art. 191.2 como un

apartado para romper con lo que había sido "la regla en nuestra legislación penal histórica"[816].

El apartado segundo del art. 191 viene a confirmar el carácter semipúblico de los delitos de agresiones y acoso sexuales: se deja en manos de la víctima la iniciación del proceso penal, pero una vez se cumple este requisito, el mismo escapa a su control[817]. Según afirma el TS, "la víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia, pero no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido no extingue la acción penal"[818].

En efecto, las autoridades tienen la obligación de continuar de oficio el procedimiento y dictar sentencia, no teniendo cabida en nuestro ordenamiento jurídico la "retirada de la denuncia" en los delitos sexuales, pues nuestra jurisprudencia entiende que ello supondría reconocer un perdón "tácito", lo cual no está admitido por el legislador[819] Tampoco está admitido, como es lógico, el perdón expreso[820]. Aunque es cierto que la conclusión a la que llega la STS 567/2019, de 20 de noviembre, puede contradecir esta doctrina, a mi modo de ver en este caso se había incumplido la condición de procedibilidad del artículo 191 *ab initio*, por lo que no supone resucitar la eficacia del perdón, como afirma DE TORRES GUAJARDO (*supra* IV.2.2).

---

precepto "superfluo" y "disfuncional" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 586).

[816] CUGAT MAURI, M., «Lección 21ª: Disposiciones comunes…» cit., p. 718. En el mismo sentido, entre otras, SILVA CASTAÑO, M. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 766; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 191…» cit., p. 63.

[817] "Una vez que la persecución penal del delito se ha iniciado, la intervención posterior de la víctima en otro sentido no tiene efectos ni para paralizar el proceso ni para extinguir la responsabilidad penal del autor" (SOLETO MUÑOZ, H., OUBIÑA BARBOLLA, S. (Dirs.), *Reformulando el tratamiento procesal…* cit., p. 183). A ello cabe añadir que no solo no puede ser una eximente, sino que tampoco puede dar lugar a una circunstancia atenuante (SAP de Barcelona 179/2024, de 1 de marzo, FJ 16 (ECLI:ES:APB:2024:6912).

[818] STS 240/2002, de 15 de febrero, FJ 2 (ECLI:ES:TS:2002:1016).

[819] *Vid.* STS 680/2005, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3410); STS 316/2013, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2262).; STS 75/2006, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:330); STS 1019/2022 de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2023:402).

[820] No obstante, todavía en algunos casos el perdón de la víctima es alegado por algunos abogados defensores. En un caso reciente, se opuso que la víctima había escrito una carta en la que manifestaba su deseo de quitar la denuncia y el TS tuvo que recordar que "pese a su popularización *retirar la denuncia* no es acto que pueda tener relevancia procesal alguna. Lo podría tener la emisión de un perdón en los casos que está admitido (no es este uno de ellos…)" (ATS 20306/2021, de 20 de julio, FJ único (ECLI:ES:TS:2021:10581A)).

En definitiva, una vez se ha iniciado la fase de enjuiciamiento, no es posible para el juez dictar un auto de archivo, sino que es necesario dictar una sentencia (ya sea esta de condena o absolutoria) para poner fin al procedimiento[821]. Y ello sin perjuicio de que el perdón pueda tener efectos en sede de responsabilidad civil si el mismo supone renunciar a las indemnizaciones que correspondan como consecuencia del proceso penal[822]. Además de ello, y excepcionalmente, parece que el perdón sí que puede tener consecuencias en materia de indulto, pues en el algún caso el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la voluntad de la víctima de retirarse del proceso, así como el buen comportamiento del agresor, para proponerlo[823].

Por último, en lo que se refiere a la opinión de la doctrina entorno al art. 191.2 CP, ya se estudió en el capítulo anterior que con carácter general se celebró dicha prohibición, que fue aplaudida tras la reforma de 1989. No obstante, algunas voces se posicionaron en contra de su total supresión, considerando que en algún caso el reconocimiento del perdón podía suponer dar un papel más activo a las víctimas en el proceso penal. Esta postura ha sido mantenida por algún autor más recientemente[824].

VII. CONCLUSIONES

[821] *Vid.* STS 637/2002, de 11 de abril, FJ 2 (ECLI:ES:TS:2002:2540).

[822] Así lo afirma DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII: Delitos contra la libertad…» cit., p. 715.

[823] STS 240/2002, de 15 de febrero, FJ 2 (ECLI:ES:TS:2002:1016): "La víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia, pero no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido no extingue la acción penal (art. 191.2 CP). Es lo sucedido en el presente caso en que la perjudicada denuncia los hechos y luego expresa su deseo de apartarse del procedimiento lo que ya era absolutamente ineficaz desde la estricta técnica jurídico-procesal que creó, sin embargo, una dolorosa situación familiar y humana que la sala de instancia resuelve con rigor técnico y a la vez con la sensibilidad que el caso requería, acudiendo a razones de equidad y justicia para proponer con todo acierto un indulto casi total, si la sentencia ganaba firmeza, por estimar la Sala, en definitiva, y con razón, que la pena era excesivamente rigurosa, por todo lo expuesto y por el comportamiento "intachable" del procesado con la ofendida y los hijos de ambos, con la excepción de los hechos por los que se le condena".

[824] Así, por ejemplo, SOLAZ SOLAZ, considera que "produce insatisfacción que no se haya previsto alguna suerte de virtualidad para el mismo en específicas circunstancias, en atención a la posibilidad no infrecuente de que la víctima, tras denunciar reconsidere su decisión y concluya que no desea seguir adelante, por no sentirse con fuerzas para soportar un proceso, a lo largo del cual habrá de revivir los hechos, recordarlos, someterse a interrogatorios, ver aireada su historia, etc." (SOLAZ SOLAZ, E., «Algunas especialidades…» cit., p. 63).

La regulación actual de la perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales –que establece, junto a la exigencia de denuncia de la parte agraviada o de su representante legal, la posible actuación paralela del Ministerio Fiscal previa ponderación de los intereses en presencia– supone un término medio al que se llegó para contentar tanto a los grupos políticos que defendían la persecución pública como a los que consideraban necesario mantener la denuncia de la víctima como condición de procedibilidad. Como observa LIBANO BERISTAIN, esta regulación evidencia que "el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso consistente en convertir los delitos de agresión, abuso y acoso sexual en públicos, y tuvo que acudir al subterfugio previsto en el artículo 191.1 del Código Penal a fin de posibilitar algún tipo de control público sobre tal cuestión"[825].

Quienes se posicionaban a favor de la total *publificación* de estos delitos argumentaron que eran tan "graves" y "repugnantes" que no se podía dejar su persecución "a expensas de la mera denuncia". Asimismo, hacían referencia a que la violencia sexual es invisible, ya que en muchas ocasiones las víctimas no denuncian por sentirse coaccionadas por el autor o por otras personas de su entorno, por lo que era necesario ampliar los canales de denuncia. Por su parte, quienes defendían el requisito de perseguibilidad, consideraban que estas reivindicaciones no estaban teniendo en cuenta su razón de ser: la protección del derecho a la intimidad de las víctimas consagrado en el artículo 18 de la Constitución. Es decir, se dijo que las víctimas son quienes deben decidir libremente si quieren o no, por las razones que sea, que se despliegue un proceso penal sobre su caso. Además, se añadía que esta reforma no tendría demasiados efectos prácticos ya que, precisamente por ser delitos que se cometen en el ámbito privado, es muy difícil que puedan ser conocidos si la víctima no los denuncia. En el capítulo siguiente veremos si todos estos argumentos pueden justificar la conversión de los delitos de agresión y acoso sexuales en delitos públicos, en la línea a la que parece apuntar la evolución a nivel internacional, pero de momento en este capítulo se ha analizado la interpretación y aplicación del art. 191 tal y como quedó redactado en 1995.

Como hemos tenido ocasión de analizar, la redacción del artículo 191.1 CP plantea numerosas incógnitas. Por un lado, surge la duda sobre por qué el ámbito de aplicación

[825] LIBANO BERISTAIN, A., «El régimen procesal de los delitos sexuales…» cit., p. 86.

del precepto se reduce la "doble A del sexo" (los delitos de agresión y acoso sexuales), dejando fuera de este particular régimen de persecución a los demás delitos contra la libertad sexual. Como viene denunciando la doctrina, no se han encontrado criterios suficientes que justifiquen esta distinción, pues los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia son también dignos de protección en los delitos sexuales perseguibles de oficio.

Por otro lado, no queda claro cómo debe intervenir el Ministerio Fiscal en los delitos de agresión y acoso sexuales. La cuestión más problemática es la que tiene que ver con el régimen general (aplicable a personas mayores de edad, sin discapacidad NEP y no desvalidas), pues si bien parece que el fiscal ha pasado a estar situado a la misma altura que la víctima, el análisis de la jurisprudencia sobre el precepto demuestra que se le sigue otorgando a la parte agraviada un papel fundamental en la persecución del delito, pues se demanda que preste su conformidad con el seguimiento del proceso, demostrando una "conducta evidente de perseguibilidad". Esta tesis, conocida en el derecho anglosajón como "willingness to report", es la que defiende en la actualidad el Tribunal Supremo, por lo que la querella del Ministerio Fiscal en contra de la voluntad de la víctima no tiene hoy por hoy ningún recorrido. Todo ello explica por qué, desde que se promulgó el artículo 191.1 del CP en 1995, no se tiene noticia de ningún caso en el que el Ministerio Fiscal haya presentado querella si la víctima no desea denunciar. La Fiscalía General del Estado ha afirmado que esta disposición solo se utiliza para proceder de oficio en el supuesto de que la víctima haya fallecido, pero si está viva y no quiere denunciar, se respeta su decisión. Así lo afirmó en el famoso caso del beso no consentido de Luis Rubiales a Jennifer Hermoso.

Esta forma de proceder (o, más bien, de *no* proceder) ha sido criticada por la doctrina, ya que considera que en algunos casos los intereses públicos (las razones de prevención general y especial) deben primar sobre el interés de la víctima en que no se persiga el delito. Ahora bien, a mi juicio, este planteamiento no es adecuado. En primer lugar, porque en la mayoría de ocasiones será necesario recabar el consentimiento de la víctima ya que, si esta no quiere colaborar, el Ministerio Fiscal no puede obligarle a declarar contra el agresor. Pero, sobre todo, porque como ha advertido un sector doctrinal minoritario, este punto de vista puede convertir los delitos de agresión y acoso sexuales en delitos públicos *de facto* (porque en los delitos sexuales suelen concurrir las

mencionadas necesidades preventivas), lo cual supondría vaciar de contenido el requisito que establece el artículo 191.1 CP. En mi opinión, esta crítica es muy acertada, por lo que será expuesta más detenidamente en el capítulo siguiente.

La tesis del "willingness to report" también ha sido criticada porque el TS lleva a cabo una interpretación algo forzada del significado del verbo "proceder", que en lugar de interpretarlo como "iniciar una serie de acciones"[826], asegura que significa "continuar" o "proseguir" con un procedimiento ya iniciado. De este modo, se permite poner en marcha el proceso penal sin la denuncia de la víctima y, posteriormente, subsanar el requisito de perseguibilidad con su declaración. Pues bien, aunque considero que no hay inconveniente en que la denuncia se contemple como un requisito susceptible de convalidación posterior, coincido con estas críticas cuando señalan que resulta preocupante que se deduzca la voluntad de la víctima de perseguir el delito del simple hecho de que narre su proceso de victimización, pues no necesariamente esto significa que quiera seguir adelante con el proceso penal. Como ha recordado la STS 567/2019, de 20 de noviembre, es necesario que se informe a las víctimas, entre otras cosas, de las condiciones de apertura del proceso, así como que se tengan en cuenta sus deseos de protección, pues así lo exige tanto el Estatuto de la Víctima (arts. 3, 5.b) y 24.2 EV) como la normativa supranacional sobre los derechos de las víctimas (Art. 4 y 22.6 Directiva 2012/29). Esta sentencia es también muy relevante porque ha establecido que los intereses de las víctimas (su derecho a la intimidad y la prevención de su revictimización) deben prevalecer sobre el interés público en la persecución del delito (ya que asegura que, según el legislador, "las consecuencias que puedan derivarse en términos de impunidad […] no deben formar parte en este supuesto de los elementos del balance").

En relación con el régimen especial previsto para víctimas menores de edad, personas con discapacidad NEP y personas desvalidas, considero que cuando el artículo 191.1 CP señala que "bastará denuncia", no significa que en estos casos el Ministerio Fiscal deba ejercer la acción penal en todo caso, sino que su actuación es absolutamente potestativa, pues estas víctimas también tienen derecho a que se proteja su intimidad y es igual de importante (o incluso más) que se evite su revictimización. En efecto, los intereses de las víctimas en situaciones de vulnerabilidad han de tenerse especialmente

[826] Esta es la definición de "proceder" según el Diccionario panhispánico del español jurídico (https://dpej.rae.es/lema/proceder)

en cuenta, pues la persecución penal puede no ser la mejor solución para todos los casos. Como señala la Fiscalía General del Estado, se debe atender a las necesidades individuales de cada víctima y, para ello, si es necesario, el fiscal ha de recabar el asesoramiento del equipo técnico de psicólogos forenses –debe valorarse la madurez de la persona y su capacidad para decidir sobre la interposición de la denuncia. En el caso de las personas con discapacidad, puede acordarse el nombramiento de un facilitador que le asesore–. Paradójicamente, parece que, en la práctica, la "ponderación de intereses en presencia" se está llevando a cabo en los casos del régimen especial (donde no se encuentra prevista) y, sin embargo, en el régimen general no se aplica.

Por todo ello, de *lege ferenda* sería conveniente que el legislador concretara cuáles son esos "legítimos intereses" que el fiscal debe tener en cuenta para iniciar un proceso penal y, si estima que debe darse prioridad a la voluntad de la víctima, esto debería quedar reflejado de una forma más clara en la norma, para que no quede al arbitrio de cada fiscal la elección de los intereses que deben prevalecer. A mi juicio, si la tesis del "willingness to report" se recogiese en el artículo 191.1 del Código Penal, no sería necesario hacer interpretaciones extensivas del significado de las palabras. Y, además de ello, ya no podría defenderse que el sistema penal puede actuar en contra de la voluntad de las víctimas de violencia sexual. En el capítulo siguiente se exponen los argumentos por los que estas posturas deben ser rechazadas.

En segundo lugar, es fundamental que se informe a las víctimas de la importancia de su declaración y que se atienda de manera individualiza cada caso concreto, pues las "acciones tácitas" de la parte agraviada (como, por ejemplo, que narre su proceso de victimización porque crea que está obligada a hacerlo), en mi opinión, no son suficientes para deducir una "conducta evidente de perseguibilidad".

En tercer lugar, en el régimen especial el precepto debería establecer que el fiscal también "podrá denunciar", y no que "bastará" su denuncia, como así sucede en el artículo 105 de la LECrim y en el resto de las infracciones semipúblicas que contemplan un régimen diferenciado para las víctimas menores de edad, con discapacidad NEP o desvalidas.

Por último, por lo que se refiere a la prohibición del perdón en el apartado segundo del precepto, estoy de acuerdo con quienes afirman que se trata de una referencia

superflua, ya que se pueden aplicar los criterios generales que prevé el artículo 130.1.5.º del CP. Por lo tanto, este apartado podría ser suprimido sin que supusiera ningún cambio en la situación actual. Como ya se dijo en el Capítulo III, la derogación del perdón se justificó en la necesidad de proteger a las víctimas y a los victimarios de posibles chantajes y presiones. En el capítulo siguiente se verá que este mismo argumento se emplea con frecuencia entre quienes defienden la persecución pública de los delitos sexuales, pues consideran que, tras la desaparición del perdón, las presiones se trasladaron al momento de la denuncia. Pero ¿es adecuado equiparar ambos instrumentos de perseguibilidad privada? ¿debería completarse la *publificación* de los delitos sexuales con una derogación del artículo 191 CP?

CAPÍTULO QUINTO. DERECHO PENAL PÚBLICO Y VIOLENCIA SEXUAL: UNA REVISIÓN DESDE LOS FEMINISMOS

I. INTRODUCCIÓN

Una vez explicado en el capítulo anterior cuál es la interpretación y la aplicación del régimen previsto en el artículo 191.1 CP para los delitos de agresión y acoso sexual, tal cual está establecido de *lege lata*, el objeto del presente capítulo es ahondar en el debate que, desde hace décadas, viene produciéndose alrededor de cuál es el sistema de perseguibilidad que sería preferible para los delitos sexuales[827]. Aquí se adopta, en consecuencia, una perspectiva de *lege ferenda*, que afecta a un tema complejo y lleno de aristas, ante el cual la doctrina, con carácter general, se ha mostrado cautelosa debido a la multiplicidad de intereses implicados[828].

Podrían analizarse, por un lado, los argumentos que aportan quienes defienden la persecución de oficio y, por otro, los de quienes entienden que la decisión sobre la iniciación del proceso penal debe quedar en manos de la víctima. Sin embargo, he optado por seguir una metodología distinta, recogiendo los aspectos que se reiteran con mayor frecuencia en el debate, pues lo cierto es que ambas tesis se refieren a un mismo aspecto de la problemática, pero, ante este, adoptan posturas distintas. No obstante, es posible que en algunos aspectos no se dé este paralelismo, por lo que también se abordarán argumentos que no tienen una postura opuesta equivalente.

II. LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

Los mecanismos de perseguibilidad privada han sido siempre cuestionados por la doctrina debido a que, aparentemente, se enfrentan a la naturaleza pública del Derecho penal, pues atender a la voluntad de la víctima en la persecución de los delitos –es decir,

[827] Este debate ha llegado a calificarse como "una polémica sin fin" (SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 403).

[828] Así lo apunta LAMARCA PÉREZ, C., «La protección de la libertad sexual…» cit., p. 61.

dejar que sea esta quien decida sobre el enjuiciamiento y eventual castigo del autor– supone una cesión parcial del monopolio estatal del poder punitivo[829]. En la misma línea, se ha dicho también que los delitos privados y semipúblicos suponen una "confusión"[830] entre el Derecho penal y el Derecho civil pues, mientras que este último es disponible para las partes y atiende a sus intereses particulares, el *ius puniendi* debería ser indisponible para la víctima y obedecer únicamente a intereses públicos[831].

Esta clasificación proviene de los tiempos del Imperio romano, donde por primera vez se distinguieron aquellas ofensas que requerían una investigación pública y la imposición de un castigo, de aquellas que debían seguir una vía alternativa para la reparación del daño, la cual se entendía de interés exclusivo de la persona que lo sufría[832]. A pesar de que durante la República no existía una persecución de oficio, sino que era la propia víctima quien debía recabar la prueba y, en ocasiones, llevar al victimario ante el *iudex*, con la llegada del Imperio se instauró un sistema inquisitivo en el que el juez recababa la prueba a través de delatores, desplazando así la persecución pública a la privada[833]. Ahora bien, en los tiempos de la antigua Roma todavía no existía una institución equiparable a la del fiscal que realizase acusaciones contra individuos.

El análisis histórico sobre el origen de la acción penal pública y de la figura del Ministerio Fiscal resulta fundamental para comprender adecuadamente los términos del debate sobre la perseguibilidad, pues otro de los argumentos que con más frecuencia se

---

[829] No se trata de una cesión completa porque "sigue siendo el Estado, a través de los jueces, quien aprecia la comisión del delito de que se trate e impone, en su caso, y ejecuta la consecuencia jurídica correspondiente" (*vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 309). Según CORNACCHIA, el reconocimiento de los derechos de las víctimas –en cuanto intereses privados– en el modelo de justicia penal, introduce un elemento dialéctico con la necesaria naturaleza pública del derecho penal, que ha impuesto históricamente la *desprivatización* del conflicto (CORNACCHIA, L., «Vittime e giustizia criminale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4, 2013, pp. 1761 y ss.).

[830] Emplea esta expresión ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado? Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 59.

[831] KANT afirmaba que "la transgresión de la ley pública […] se llama crimen sin más (crimen), pero también crimen público (*crimen publicum*); por tanto, el crimen privado ha de llevarse ante la justicia civil, el otro, ante la justicia criminal" (KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 166.

[832] *Vid.* ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., p. 58.

[833] *Vid.,* ampliamente, NARVÁEZ, R., «La misión constitucional del Ministerio Público Fiscal y el principio de objetividad», en: EIDEM, M., KLEIMAN, H. (Dirs.), *Nuevas visiones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2023, pp. 373 y ss. *Vid.* también: GÓMEZ COLOMER, J. L., «Historia, sistemas…» cit., pp. 40 y ss.

ha aducido tradicionalmente para oponerse a que las víctimas puedan influir sobre la persecución de los delitos es que otorgarles dicha prerrogativa recuerda a un "derecho penal prehistórico"[834]. En este sentido, por ejemplo, ARENAL consideraba que los instrumentos de disponibilidad privada son "un anacronismo, una reminiscencia de los tiempos bárbaros en que el ofendido y su familia castigaban al ofensor, es la venganza pública armándose y desarmándose según las iras y debilidades de la venganza privada; es el olvido de todo recto concepto de pena"[835].

De este modo, se afirma que condicionar la persecución penal a la presentación de denuncia o querella supone una "privatización" de la justicia[836] y, con ello, una vuelta a aquellos tiempos en los que el castigo no quedaba en manos del Estado, sino de las víctimas y sus familiares. En efecto, en las sociedades germánicas no existía la acción pública, por lo que los conflictos se resolvían de manera horizontal y el objetivo del proceso era únicamente reglar lo que habría sido una guerra entre clanes[837]. Sin embargo, a mi juicio, resulta erróneo tratar de equiparar la exclusión de la persecución de oficio con la "venganza de sangre"[838] ya que en estos sistemas la injusticia no se centraba en una experiencia individual, sino en un deber de reacción de la familia o del grupo y, por tanto, no se consideraban los intereses de las víctimas concretas[839]. Dicho de otro modo,

---

[834] Según estas tesis, "la figura de la víctima se entiende como sinónimo de derecho penal privado, atávico y antigarantista" (ALONSO RIMO, A., «El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora», en: CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 123-124). En la misma línea, TAMARIT SUMALLA ha apuntado que "la renúncia de la pena en favor de formes privades de resolució del conflicte seria vista per alguns com un retorn a un estat d'autotutela salvatge, a l'anarquia punitiva" (TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació de la víctima en el Dret penal: estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993, p. 89).

[835] ARENAL, C., *El Derecho de gracia ante la Justicia y el reo, el pueblo y el verdugo*, La España Moderna, Madrid, 1893, pp. 178-179.

[836] Emplea este término, entre otras, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 294.

[837] *Vid.* FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2017, p. 69.

[838] Emplean este concepto, entre otras, VON LISZT, F., *Tratado de derecho penal*, t. I, Hijos de Reus, Madrid, 2014, p. 140; MAIER, J. B., *Derecho procesal penal*, t. I, Ad hoc, Buenos Aires, 2016, p. 246.

[839] *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas…* cit., p. 106; GARRO CARRERA, E., «De lo que quieren las víctimas… y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en: POZUELO PÉREZ, L., RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (Coords.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021, pp. 139; ROIG TORRES, M., «Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 22, 2000, pp. 158-159.

mientras que la perseguibilidad previa denuncia o querella pretende atender a los intereses de la persona agraviada, en los tiempos de la venganza privada éstos podían pasar totalmente desapercibidos, por lo que cabe cuestionarse si, como se suele afirmar, esta época supuso una "edad de oro para la víctima"[840].

Habrá que esperar a la Edad Media para que la justicia deje de ser entendida como un pleito entre individuos, pues fueron los señores feudales y los monarcas quienes instauraron la acción pública ante el delito con el objetivo de concentrar el poder y los recursos económicos[841]. Fue entonces cuando surgió un representante del soberano equivalente a la figura del Ministerio Fiscal en la actualidad[842] y, al mismo tiempo, se creó la noción de "infracción", según la cual, con la comisión de un delito, no solamente se ofende a otro individuo, sino que se ataca al mismo Estado, por lo que la finalidad del castigo no será ya satisfacer a la víctima, sino restaurar la vigencia del poder del soberano[843]. Este doble daño que produce el delito, por tanto, quedó diferenciado y dejó de ser percibido solamente como un conflicto entre la víctima y el victimario[844].

Por lo que respecta a los delitos sexuales, aunque durante la Edad Media eran entendidos como un ataque al honor de las familias y, por tanto, como un asunto que debía resolverse entre aquellas que estuviesen implicadas, los monarcas mostraron una actitud contraria a la venganza privada, consiguiendo que los duelos y los desafíos, frecuentes en esa época, se redujeran considerablemente. Esto es debido a que la resolución privada de

---

[840] Esta expresión fue acuñada por SCHAFER. *Vid.* SCHAFER, S., *Victimology. The victim and his criminal*, Reston Publishing, Virginia, 1977, p. 8.

[841] *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas…* cit., p 106; NARVÁEZ, R., «La misión constitucional…» cit., p. 379. En sus orígenes el Ministerio Fiscal fue el defensor del Fisco. *Vid.* GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Instituciones de Derecho procesal: Parte General,* t. I, Ediciones TAT, Granada, 1989, p. 301. En el mismo sentido, *vid.* MORENO CATENA, V. «El papel del Ministerio Fiscal en el estado democrático de derecho», *Cuadernos de derecho público*, n.º 16, 2002, pp. 152 y ss.

[842] *Vid.* FOUCAULT, M., *La verdad y las formas…* cit., p. 80.

[843] *Vid.* FOUCAULT, M., *La verdad y las formas…* cit., p. 86: "Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco ante él".

[844] Como afirma GARCÍA-PABLOS, con anterioridad el daño ocasionado a la víctima y el crimen "se identificaban plenamente" (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. I, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 102). Posteriormente, como refiere GARRO CARRERA, "los intereses públicos y privados a los que daba lugar la comisión de un delito se fueron diferenciando de forma cada vez más acusada, distinguiéndose la infracción del daño derivado de aquella" (GARRO CARRERA, E., «De lo que quieren las víctimas…», cit., p. 140).

los conflictos era percibida como un desconocimiento del *ius puniendi* real, por lo que, a pesar de existir en la regulación mecanismos como la perseguibilidad privada y el perdón, en la práctica éstos se interpretaban de modo que no impidieran la actuación de la justicia real[845]. Habrá que esperar a principios del siglo XIX para que estas figuras adquieran una mayor virtualidad con la codificación[846].

En efecto, pasarán varios siglos hasta que la regulación de la perseguibilidad sea más acorde a la actual. Como es sabido, fue con la Ilustración cuando se empezó a construir la ciencia penal tal y como hoy la entendemos, momento en el que se produjo la definitiva neutralización de la víctima y se acentuó el binomio Estado-infractor[847]. Esta "expropiación"[848] del conflicto a la víctima se vio impulsada por la *teoría del contrato social,* según la cual las personas ceden al Estado la protección de sus bienes jurídicos renunciando al uso individual de la violencia a cambio de que este garantice la convivencia[849]. Según esta lógica liberal, el delito se entiende simplemente como el incumplimiento de un contrato, por lo que el castigo tendrá como objetivo proteger a la generalidad de los firmantes, siendo irrelevante quién sea el sujeto pasivo de la infracción[850]. De esta forma, la víctima pasó a ser el "convidado de piedra" del proceso penal[851], pues será tratada como un mero testigo y su reparación no será uno de los fines del Derecho penal, sino que este se centrará en la prevención y la retribución.

---

845 *Vid.*, ampliamente, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía*… cit., pp. 46 y ss.

846 Como tuvimos ocasión de analizar en el Capítulo III, durante los siglos XIX y XX se entendía que los delitos sexuales debían quedar ocultos en el ámbito privado para preservar el honor de las víctimas y de sus familias. Por ello, los Códigos penales establecieron la perseguibilidad privada y el perdón en los delitos contra la honestidad.

847 Como explica DONINI, "la víctima estaba garantizada por el Estado mismo, pero para que esto sucediese debía de estar neutralizada" (DONINI, M., «El derecho penal diferenciado: la coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007, p. 6). *Vid.* también GARRO CARRERA, E., «De lo que quieren las víctimas…», cit., p. 141 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 22 y ss.

848 Este concepto fue acuñado por Nils Christie. *Vid.* CHRISTIE, N., «Conflicts as property», *The British Journal of Criminology*, n.º 17, 1977, pp. 7 y ss.

849 Como expone ROXIN, "según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para garantizar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves" (ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en: HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico,* Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 447).

850 *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 138 y ss.

851 *Vid.* MAIER, J. B. J, «Democracia y Administración de Justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 16-17, 1992, p. 151.

Los postulados del iluminismo continúan vigentes en nuestros días: actualmente se entiende el Derecho penal no regula las relaciones entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito, sino entre este último y el Estado. De este modo, cuando se tutelan penalmente bienes individuales (como la vida, la libertad, el honor o el patrimonio) se hace "en interés de la colectividad, ya que no sería posible la convivencia sin la salvaguarda de estos bienes fundamentales"[852]. Como puede apreciarse, dichas afirmaciones implican comprender la infracción penal como un daño a la comunidad, lo cual tendrá consecuencias directas sobre la perseguibilidad pues, si se entiende que los delitos afectan a toda la sociedad, el Estado siempre tendrá la obligación de intervenir y procesar a los delincuentes para protegerla. Por tanto, según este planteamiento, la opinión que pueda tener la víctima sobre la iniciación del proceso penal resultará indiferente, pues primará en todo caso el interés público en la persecución de los delitos[853].

Ahora bien, un análisis de la figura del Ministerio Fiscal a partir del siglo XVIII permite apreciar que con la Ilustración se produjo un cambio con respecto al periodo anterior, pues el fiscal ilustrado no representará el poder del soberano, sino que tendrá como función supervisar la tarea de los jueces y garantizar el cumplimiento de la legalidad[854]. Este es el modelo europeo continental de Ministerio Público que ha perdurado hasta la actualidad, el cual suele confrontarse en la doctrina con el modelo estadounidense, donde el fiscal no es percibido como un garante de la ley, sino que, como refiere NARVAEZ, "asume la función de la sociedad como ofendida por el ilícito penal. No es la custodia de la ley su razón de ser, sino la naturaleza pública atribuida a la ofensa"[855]. Por tanto, *a sensu contrario*, en nuestro modelo europeo continental el fiscal

---

[852] *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción…* cit., p. 53.

[853] En este sentido, GARCÍA-PABLOS alude a que "precisamente como consecuencia de la naturaleza pública del Derecho penal, la responsabilidad criminal queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, sometida directa y exclusivamente al imperio de la ley" (*ibidem*).

[854] Los revolucionarios franceses desconfiaban del poder judicial que todavía seguía formado por miembros de la nobleza, por lo que este nuevo sujeto procesal permitía custodiar la correcta aplicación de las leyes. En palabras de Montesquieu, el juez debía actuar como "la voz de la ley" (*bouche de la loi)*. Es por ello que este modelo de fiscal como garante de la ley ha sido denominado como "hijo de la revolución". *Vid.* NARVÁEZ, R., «La misión constitucional…» cit., p. 380.

[855] *Vid.* NARVÁEZ, R., «La misión constitucional…» cit., p. 383. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN ha señalado que "el proceso penal norteamericano representa un mayor desarrollo del procedimiento de partes tomado de la época germánica, en el cual la víctima o su familia acusaban al autor ante los tribunales del rey" (SCHÜNEMANN, B., «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal

no debe actuar como representante de la vindicta pública, sino que, en su tarea de velar por la legalidad, puede llegar a una conclusión que sea desfavorable a la persecución penal de los hechos. Es decir, la concepción ilustrada del Ministerio Fiscal permite que se posicione a favor del reo, pues su función será velar por la legalidad y por los derechos de los ciudadanos/as/es[856].

Así las cosas, cabe concebir un sistema que no persiga de oficio todos los delitos y que este hecho no conlleve negar la naturaleza pública del Derecho Penal. En efecto, es posible que, en defensa precisamente del interés general, se considere más oportuno no iniciar la acción penal cuando así lo exija el principio de legalidad y la defensa de los derechos individuales. En este orden de ideas, puede interpretarse que las barreras de perseguibilidad no son necesariamente una "privatización" de la justicia penal, sino que la protección de los derechos de las víctimas también constituye un interés público. Como ha puesto de manifiesto ALONSO RIMO, esta fundamentación de la perseguibilidad privada es la que permite compatibilizarla con el carácter público del Derecho penal[857].

Según la tesis propuesta por el citado autor, en el debate sobre la persecución de oficio o a instancia de la víctima, no nos encontramos ante una pugna entre un interés privado (el de la parte ofendida) y un interés público (el del Estado), sino que se trata de un conflicto entre intereses públicos, el primero de titularidad individual (el derecho a la intimidad y la dignidad) y el segundo de titularidad colectiva (la necesidad de prevenir delitos)[858]. Asimismo, estos derechos individuales están consagrados en la Constitución

---

americano en el mundo? en: SCHÜNEMANN, B. (Dir.), *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 288).

[856] Así lo establece la Constitución: "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social" (Art. 124, *Constitución Española*, "BOE" núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). En este sentido, MORENO CATENA apunta que "la idea de "promover" no puede entenderse en el sentido de que el fiscal haya de adoptar en todos los casos una posición de parte actora, de poner en marcha los procesos judiciales" (MORENO CATENA, V. M., «El papel del Ministerio Fiscal…» cit., p. 151).

[857] *Vid.*, ampliamente, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., pp. 135 y ss.

[858] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., pp. 131 y ss. Según el citado autor, los intereses de las víctimas no deben ser entendidos como intereses privados por dos razones. En primer lugar, porque el Derecho penal no admite la protección de valores privados, sino que protege bienes con trascendencia social. En segundo lugar, porque la titularidad colectiva o individual de un interés no determina su publicidad o su privacidad (como ya se ha dicho, la protección de los bienes jurídicos individuales es la que más importancia tiene para el mantenimiento de la convivencia social). Sobre esta cuestión, *vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., pp. 384 y ss.

Española (arts. 18 y 10 CE, respectivamente), lo cual evidencia su relevancia social. En este sentido, se comprende que la salvaguarda de dichos valores constitucionales es lo que dota de legitimidad a los instrumentos de perseguibilidad privada y, por tanto, no se trata de proteger la capacidad de decisión de la víctima en sí misma, sino que dejar en manos de esta la decisión de denunciar es un "mero instrumento" para garantizar la protección de dichos bienes esenciales[859].

ALONSO RIMO formuló su tesis en los años 90, un momento en el que la doctrina estaba comenzando a devolver la mirada hacia la víctima del delito[860]. En la actualidad, sin embargo, puede afirmarse que la víctima ha sido "redescubierta"[861] ya que, en los últimos años, el legislador ha prestado una especial atención a sus necesidades[862]. No obstante, la incorporación de la víctima en el proceso penal no debe interpretarse como una vuelta a los tiempos de la venganza privada, sino que debe reivindicarse un sistema penal que se preocupe por sus intereses y al mismo tiempo sea respetuoso con los

[859] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 357. De esta manera, el autor se opone a los planteamientos doctrinales que proponen, sin más consideraciones, respetar el derecho a la autodeterminación de las víctimas de delitos sexuales. Este es uno de los principales argumentos empleados por los posicionamientos feministas contrarios a la persecución de oficio (que analizaremos *infra*: apartado VI.3). El citado autor ha mantenido este mismo posicionamiento recientemente en ALONSO RIMO, A., «¿No tienen derecho…» cit., p. 113.

[860] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 357: "Las modernas tendencias victimológicas de carácter político-criminal aspiran a rescatar al sujeto pasivo del tradicional olvido al que ha sido condenado en la esfera penal y a devolver cierto protagonismo a sus intereses", lo cual implica "una superación del enfoque bilateral que contempla el delito como estricto conflicto entre el Estado y el delincuente". Señalaron también este renovado interés, entre otras, BUSTOS, J., LARRAURI, E., *Victimología: presente y futuro: hacia un sistema penal de alternativas*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 91; DEL MORAL GARCÍA, A., SANTOS VIJANDE, J. M., *Publicidad y secreto en el proceso penal,* Comares, Granada, 1996, p. 43.

[861] *Vid.* MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E., «La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal», *Revista Prolegómenos: Derechos y valores*, n.º 42, 2011, pp. 28 y ss. Mantiene una postura crítica hacia este "redescubrimiento" de la víctima, entre otras: TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre Derecho penal sexual y perspectiva de género», en: DE VICENTE REMESAL, J., DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., PAREDES CASTAÑÓN, J. M., OLAIZOLA NOGALES, M., TRAPERO BARREALES, M. A., ROSO CAÑADILLAS, J., LOMBANA VILLALBA, J. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 1909 y ss. Puede consultarse también, en la misma obra, el capítulo de GRECO, L., «¿Penalista con la conciencia tranquila?: una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», pp. 187 y ss.

[862] El ejemplo quizá más representativo de ello es la aprobación del Estatuto de la Víctima en 2015 y la creación de Oficinas de Asistencia a la Víctima (*vid.* SAN JUAN BELLO, P., *La participación de las víctimas en el sistema penal desde la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 293 y ss.). No obstante, son muchas otras las reformas que se han realizado en nombre de las víctimas, especialmente aquellas de carácter punitivo en las han sido instrumentalizadas por el poder político. Sobre esta última cuestión *vid.*, por todas, CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 40 y ss.

derechos del reo[863]. Asimismo, esta perspectiva es compatible con la concepción garantista del Derecho penal que concibe los derechos individuales como límites frente a la injerencia del aparato punitivo del Estado: si entendemos que estas garantías no solo son aplicables al reo, sino que también se extienden a las víctimas, podremos concluir que sus derechos también pueden prevalecer sobre el interés estatal en perseguir y castigar los delitos[864]. En el apartado siguiente se ahondará en cuáles son dichos derechos o intereses de la persona agraviada, así como en qué medida la persecución previa denuncia permite su protección, y se verá por qué dichos intereses deben prevalecer sobre el interés estatal en perseguir delitos.

Por todo lo expuesto, no compartimos la opinión de quienes afirman que los requisitos de perseguibilidad constituyen una privatización de la justicia penal, sino que debe concluirse que prestar atención a los derechos de la víctima a través de estos mecanismos supone defender un interés público de relevancia constitucional.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

1. De la honestidad a la intimidad y el bienestar psíquico

La excepción a la regla general de la persecución de oficio en los delitos sexuales tradicionalmente ha venido justificada por la necesidad de evitar que los hechos saliesen

[863] Asimismo, las mejoras introducidas a favor de los delincuentes no deben ser percibidas como una pérdida para las víctimas. Como explica GARLAND, en la actualidad "se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar "de parte" de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes" (GARLAND, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 46).

[864] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 397 y ss. El citado autor refiere que todas las garantías predicables del sistema de Justicia penal han de ir referidas a la protección de los derechos fundamentales y libertades del ciudadano, "entendido este último término en un sentido genérico e integrador tanto del agresor como de la víctima". Asimismo, añade que la tendencia a una mayor consideración del ofendido "se encuadra dentro de una concepción garantista del sistema penal, de inspiración principalmente liberal, a la que resulta esencial la protección de valores individuales (¡que no privados!), entre los que se inscriben, como no puede ser de otra forma, los derechos fundamentales de la víctima. Tan importante es desde el punto de vista estatal la salvaguardia de los derechos del ofendido como la de los del ofensor; y, por tanto, también en ambos casos, y por igual, constituye aquella "papel" del Estado" (*Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 395).

a "la plaza pública" y a "las ruidosas controversias del foro"[865] (el objetivo, por tanto, no era otro que el de evitar el denominado *strepitus fori*)[866]. Como ya se ha estudiado en el Capítulo III, hasta la reforma penal de 1989, estos delitos eran percibidos como un atentado a la honestidad de las mujeres, por lo que la perseguibilidad privada permitía mantenerla a salvo. Por tanto, el interés-derecho que se trataba de tutelar era el honor de la parte ofendida y de su familia, pues la deshonra no solo manchaba la fama de la mujer y su valor en el mercado matrimonial[867], sino que se extendía a todos los miembros del hogar, especialmente a los varones[868]. De este modo, existía una vinculación directa entre el objeto de protección del delito y el interés tutelado por la perseguibilidad privada, por lo que esta última contribuiría a una mejor tutela del bien jurídico[869].

Sin embargo, tras la reforma de 1989 el objeto de protección pasó a ser "la libertad sexual de todos" y, ante este cambio de paradigma, un sector doctrinal reivindicó que la perseguibilidad debía ser también reformada, de manera que los delitos sexuales se convirtiesen en delitos públicos. En este sentido, LAMARCA PÉREZ señaló que "si la criminalización de este tipo de conductas no responde ya a otro motivo que la defensa de la libertad, no se comprende bien por qué únicamente aquí debe el Estado renunciar a su persecución, de modo particular en los casos más graves de acceso a la sexualidad por

---

865 *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870…* cit., pp. 240-241.

866 *Vid.* ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., p. 71; PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad…» cit., pp. 173 y ss.

867 *Vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación en el Código penal español…* cit., p. 445; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit. p. 192.

868 ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 28. Como vimos en el Capítulo III, las mujeres eran concebidas en la legislación como meras propiedades de los hombres. Por eso, el interés o derecho vulnerado podemos decir que era el honor del marido/padre-propietario. También los hermanos y los abuelos estaban legitimados para iniciar el procedimiento.

869 Como ya se dijo, los comentaristas de la época justificaban que en los casos de violación y rapto se suavizaran los requisitos procesales (exigiendo denuncia en lugar de querella), por afectar estos delitos a otros bienes jurídicos de mayor relevancia que el honor: "en los delitos de violación y rapto bastará denuncia, porque tales delitos no solamente infaman el honor de las familias, sino que además quebrantan el cimiento de la seguridad personal y pública" (VIZMANOS, T. M., ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código penal…* cit. p. 391). Por otro lado, cabe añadir que, a pesar de hacer referencia al honor como el interés protegido mediante los mecanismos de perseguibilidad privada, estos autores justificaban la persecución previa denuncia en la existencia de un interés público: la tutela de "la paz de las familias" como un elemento necesario para preservar "el orden social". En definitiva, según estos autores, los intereses tutelados mediante estas disposiciones no eran individuales, sino que eran de titularidad colectiva. En el mismo sentido, *vid.* VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado…* cit., p. 135.

medio de violencia o intimidación"[870]. De la misma opinión era FUENTES SORIANO, que consideraba que la evolución social provocaba que el antiguo fundamento de la necesaria denuncia por parte del ofendido para preservar de honor perdiera su sentido[871].

Por otra parte, se dijo que el requisito de la denuncia de la víctima sitúa a la violencia sexual en el ámbito de los asuntos privados, contribuyendo a perpetuar los estereotipos de género. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS recoge, como un argumento a favor de la persecución pública de estos delitos, "el apoyo que tal carácter privado presta al mantenimiento de concepciones que ven a la mujer fundamentalmente un objeto de intercambio matrimonial, objeto que pierde gran parte de su valor si sufre un atentado sexual, lo que aconseja no precipitarse en la persecución de oficio por la publicidad que conlleva"[872]. Más recientemente, GARCÍA RIVAS ha señalado que los delitos sexuales "han vivido tradicionalmente refugiados tras la muralla de la persecución a iniciativa *privada* (¿para respetar la intimidad?), pero que a estas alturas del conflicto social plasmado en la justificada denuncia de un Derecho penal patriarcal, carece por completo de justificación. Por ello, el tenor del artículo 191 resulta manifiestamente derogable"[873]. En la misma línea, la Coordinadora de Organizaciones Feministas (COF) denunció en 1989 que esta regulación mantenía las agresiones sexuales "en el ámbito de los asuntos privados y no de los delitos públicos"[874].

A pesar de estas críticas, un importante sector de la doctrina continúa defendiendo que es necesario atender a la voluntad de la víctima sobre el inicio del proceso. Sin embargo, las razones que se aducen ya no hacen referencia a la necesidad de preservar su honor, sino que ahora se afirma que los intereses que se tutelan son otros: su derecho a la

---

[870] LAMARCA PÉREZ, C., «La protección de la libertad sexual…» cit., p. 61. La autora ha reiterado este argumento en publicaciones posteriores: *vid.* LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 218. De la misma opinión, ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 317 y ss.

[871] FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 6. Este tipo de argumentos siguen vigentes entre las tesis oficialistas en la actualidad. Así, por ejemplo, ESCOBAR JIMÉNEZ defiende la transformación de estos delitos en delitos públicos "en consonancia con la paulatina desaparición de los motivos o causas que llevaron a establecer en su día una persecución semipública" (ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.), *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018, p. 1131).

[872] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 192. Alude también a este factor: GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación…* cit., pp. 445-446.

[873] GARCÍA RIVAS, N., «Signos de privatización…» cit., p. 408.

[874] *Vid.* URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder… cit.* p. 122. Este factor sociológico requiere un análisis de mayor profundidad que será desarrollado *infra* (apartado VI).

intimidad y su bienestar psíquico. Por tanto, como señalan DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido en estos delitos, pueden subsistir otros motivos que justifiquen este requisito de procedibilidad[875].

El argumento centrado en la salvaguarda de la intimidad de la víctima comenzó a ser utilizado por la jurisprudencia en los años 80 que, si bien seguía aludiendo a la finalidad de evitar el *strepitus fori,* comenzaba a abandonar las referencias al honor para dar paso a la intimidad como interés protegido por los instrumentos de perseguibilidad privada[876]. Por su parte, la doctrina también comenzó a referirse a la intimidad (continuando vigente esta fundamentación hasta la actualidad). Así, por ejemplo, ORTS BERENGUER consideraba que "resulta obvio que es al titular del bien jurídico a quien compete tomar la decisión sobre si denuncia o no, por ser el titular y porque es a él a quien va a afectar muy directamente las consecuencias de su resolución en el ámbito de su intimidad, sobre todo"[877]. De la misma opinión es MUÑOZ CONDE que, más recientemente, ha afirmado que "esta privatización de la acción penal no sólo es coherente con la conceptuación del bien jurídico protegido en estos delitos como delitos contra la libertad sexual, sino que también con el derecho a la intimidad, que puede verse afectado cuando los hechos trascienden"[878]. Como puede apreciarse, ambos autores, además de aludir a razones de intimidad, conectan la justificación de la perseguibilidad con el bien jurídico. Sobre ello volveremos *infra* (apartado IV).

---

[875] DE LUCA, J., y LÓPEZ-CASARIEGO, J., *Delitos contra la integridad*…. cit., 324. En este sentido, ASÚA BATARRITA señala que "desde los parámetros actuales, rechazado el criterio que prima la "reputación" sexual de la mujer, permanece sin embargo el componente de la intimidad afectada y de la humillación a la propia dignidad. Imponer aun en contra de la voluntad de la víctima, la obligación de pasar por el proceso de denuncia penal en aras del interés general, significa supeditar el legítimo interés de la víctima a no airear aquella experiencia traumática" (ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., p. 72).

[876] Pueden consultarse las referencias de las sentencias en ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 352 y ss. Alude también a este cambio en la jurisprudencia DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit. p. 576. No obstante, todavía alguna sentencia y algún autor hacían referencia a los argumentos anteriores (así lo apuntan ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 352 y ss.; FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 2).

[877] ORTS BERENGUER, E., «Título VIII: Delitos contra la libertad sexual», en: VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 974-975.

[878] MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., pp. 294. Aluden también a razones de intimidad, entre otras, DE VEGA RUIZ, J. A., *El acoso sexual como delito autónomo,* Colex, Madrid, 1991, p. 62; SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales…* cit., p. 403; VELÁZQUEZ VARÓN, A., *Las agresiones…* cit., p. 45; LATORRE LATORRE, V., *Acción popular…* cit. p. 243.

Se ha dicho también, en una línea coincidente, que no todas las personas están dispuestas a someter su vida al escrutinio público. En este sentido, LARRAURI argumenta que no todas las mujeres desean acudir al sistema penal, ya que este supone "publicidad y cuestionamiento también sobre el mundo íntimo de la mujer"[879]. De hecho, en ocasiones son las mismas víctimas quienes, entre los motivos por los que deciden no denunciar, hacen referencia a la necesidad de preservar su intimidad[880].

Junto a la intimidad, se comenzó a apuntar también como argumento fundamentador de la persecución previa denuncia a la necesidad de prevenir la victimización secundaria[881]. Como se ha afirmado en los párrafos anteriores, a finales del siglo XX se produce una creciente preocupación por la situación de las víctimas en el proceso, y se comienza a percibir que este puede producir efectos "tan dolorosos […] como los que directamente se derivan del delito"[882]. Por ello, la doctrina comienza a interpretar la exigencia de denuncia como el instrumento que tendría la víctima para evitar esta segunda victimización[883]. En este sentido, se afirma que "esta previsión legal tiene como finalidad básica dejar en manos de la víctima la decisión acerca de la oportunidad de incoar un procedimiento penal para castigar el delito, atendiendo a que, en ciertas ocasiones, la apertura de dicho procedimiento, y en especial, el acto de juicio, pueden resultar muy traumáticos"[884].

---

[879] LARRAURI, E., «¿Se debe proteger… » cit., p. 61.

[880] En este sentido, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* p. 354: "La víctima de esta clase de ofensas, a la luz de la experiencia de Centros de asistencia y ayuda a las mismas con los que he tenido ocasión de mantener contacto, sienten, sobre todo, una imperiosa necesidad de proteger su intimidad ante el atentado que se ha producido contra una faceta tan íntima de su personalidad". *Vid.* también: PALI, B., STEN MADSEN, K., «Dangerous Liaisons?...» cit., pp. 54 y ss.

[881] DIEZ-RIPOLLÉS señala que este argumento es más reciente. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 579.

[882] Así lo reconoce el propio legislador en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En la doctrina es frecuente encontrar esta afirmación según la cual la victimización secundaria puede ser igual que la primaria (o incluso todavía más perjudicial). *Vid*., entre otras, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 192.; MONTALBÁN HUERTAS, I., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 65; LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 443; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en: BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 32.

[883] *Vid.*, entre otras, GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 117; VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora…* cit. 1997, p. 640.

[884] RAGUÉS i VALLÈS, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 159. En el mismo sentido, *vid.* SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales…* cit., p. 403-404: "el proceso

Desde este punto de vista, el interés tutelado mediante el requisito de la denuncia es el bienestar psíquico de la víctima, el cual encontraría su fundamento como interés público en el artículo 10 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como "fundamento del orden político y de la paz social". Por tanto, no solo el argumento de la intimidad puede respaldarse en la Constitución (al tratarse este de un derecho fundamental, art. 18 CE), sino que, si se defiende como interés tutelado la evitación de la doble victimización, también puede apreciarse su relevancia constitucional, pues el bienestar psíquico conecta con valores como la integridad moral (art. 15 CE) e incluso con la autoestima (como parte del derecho al honor, art. 18 CE)[885].

Ante la necesidad de proteger la intimidad de las víctimas y de evitar la victimización secundaria, quienes defienden la persecución de oficio proponen que se tomen otras medidas orientadas a esta finalidad y, de esta manera, según se afirma, el requisito de la denuncia perdería su justificación, pues resultaría innecesario. Así, por ejemplo, FUENTES SORIANO considera "más correcto adoptar cuantas medidas se estimen pertinentes para evitar el efecto de una victimización secundaria en la mujer agraviada que dejar de perseguir el delito favoreciendo con ello la impunidad del delincuente y dejándolo en perfecta disposición para reiterar el acto ilícito"[886]. Más recientemente, DE TORRES GUAJARDO ha afirmado que "la mejora de la posición procesal de la víctima de estos delitos, disminuyendo su victimización, pasa por la supresión de la excusa [la exigencia de denuncia] y el fomento de otras medidas que […]

puede ocasionar a la persona ofendida un trauma que constituye en ocasiones la ruptura de un delicado equilibrio síquico fatigosamente readquirido tras el delito". También DIEZ-RIPOLLÉS señala que "su ineludible participación en el proceso penal confronta inevitablemente a la víctima con una rememoración de los sucesos acaecidos, que puede repercutir notablemente sobre su bienestar psíquico, quizás dificultosamente recuperado o ni siquiera aún logrado tras la producción de la conducta delictiva" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 576).

[885] *Vid.*, ampliamente, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* pp. 355 y ss. No obstante, no debemos confundir esta protección del derecho al honor (referida a la posible afectación de la autoestima de las víctimas que puede provocar la violencia institucional), con la protección de la reputación y el honor de las familias que se protegía cuando los delitos sexuales se consideraban delitos contra la honestidad.

[886] FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 5. En el mismo sentido, ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DEL MORAL GARCÍA, A., «La violación: ¿Delito público o semipúblico? (Sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)», *Actualidad Penal*, n.º 3, 1993, p. 504. En la doctrina italiana, defiende esta postura, entre otras: GIUNTA, F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1993, pp. 178-179.

coadyuven a una más eficaz lucha contra la delincuencia sexual"[887]. En el mismo sentido, BOIX REIG asegura que "la necesidad de tutelar la intimidad y el núcleo de la personalidad del sujeto pasivo puede preservarse con una cuidadosa aplicación de las normas procesales penales"[888].

Pues bien, lo cierto es que en los últimos años se han introducido numerosas medidas destinadas a reducir la revictimización que produce el proceso penal. Así, por ejemplo, en relación con la protección del derecho a la intimidad, existe la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada *ex* artículo 681 de la LECrim[889]. Tras las modificaciones que introdujo el EV en 2015[890], el mismo precepto añade, en su apartado segundo, otra serie de previsiones orientadas a salvaguardar la intimidad de la víctima y de sus familiares, como la prohibición de la divulgación de información relativa a su identidad[891]. Además de ello, en el apartado tercero, se establece que estas medidas

[887] DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., p. 14.

[888] BOIX REIG, F. J., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 203. Acude a este argumento también, entre la doctrina más reciente, ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 339 y ss.

[889] Esta disposición supone la celebración de la vista oral sin presencia de público, aunque el juez podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa (así lo establece también el art. 25.2.c) del EV). Las medidas orientadas a garantizar la privacidad en la fase de instrucción se encuentran previstas en el artículo 301 de la LECrim (el denominado "secreto o reserva de sumario"). *Vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A., «Publicidad del proceso e intimidad de la víctima: una aproximación desde el Estatuto de la víctima del Delito», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 24, 2018, pp. 155 y ss.; DEL MORAL GARCÍA, A., SANTOS VIJANDE, J. M., *Publicidad y secreto…* cit., p. 43 y ss.

[890] La redacción actual del precepto es fruto de la reforma operada por el EV, pues con anterioridad disponía que se podía acordar el juicio a puerta cerrada excepcionalmente "cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia". En la actualidad, el art. 681.1 LECrim dispone los siguientes motivos: "cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso". Como puede apreciarse, del mismo modo que sucede en la justificación de la exigencia de denuncia, se abandonan las razones de "moralidad" y se alude a consideraciones de intimidad y victimización secundaria.

[891] *Vid*. art. 22 EV. Se modificó el artículo 681 LECrim: "2. Asimismo, podrá acordar la adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares: a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de 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. b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares".

deberán ser adoptadas preceptivamente en el caso de víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad NEP y víctimas de violencia sexual[892].

El Ministerio Fiscal es el encargado de facilitar la información a los medios de comunicación, por lo que es quien deberá determinar qué aspectos considera de relevancia pública y evitar cualquier posibilidad de generar victimización secundaria[893]. De nuevo, es una decisión que supone encontrar un equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el interés de la sociedad en conocer los delitos y el interés de la víctima en preservar su intimidad[894]. El Tribunal Constitucional, al realizar la ponderación entre el derecho a la intimidad de la víctima (art. 18 CE) y el derecho a la información sobre los procesos penales (art. 20 CE), entiende que se vulnera el primero cuando se divulgan datos de la víctima absolutamente innecesarios y que no aportan información relevante alguna[895].

Por otra parte, el artículo 709 de la LECrim permite adoptar medidas para evitar que se le formulen "preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado". El precepto añade que, si las preguntas son formuladas, no se permitirá que sean contestadas. La redacción original del art. 709 LECrim únicamente prohibía preguntas "capciosas, sugestivas o impertinentes". La referencia a las preguntas innecesarias relativas a la vida privada fue introducida por el EV en 2015 y la LOGILS añadió en 2022 la mención a las preguntas relativas a la "intimidad sexual". Esta reforma ha de valorarse positivamente, ya que, como apuntan CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, recuerda a

---

[892] Esta última disposición fue introducida a través del EV en 2015 únicamente para menores y personas con discapacidad NEP, y ha sido ampliada a víctimas de violencia sexual a través de la LOGILS.

[893] MARTÍN RIOS, M. P., «Repercusiones en las víctimas de la publicidad del Proceso Penal», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 26, 2011, pp. 183 y ss. No obstante, los medios de comunicación pueden acceder a la información por otras vías y producir una enorme revictimización. *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013, pp. 20 y ss.

[894] PLANCHADELL explica que "la publicidad del proceso, especialmente del proceso penal, es una garantía de los ciudadanos que, en definitiva, les permite controlar la actividad de los jueces y tribunales. Ahora bien, lo que aquí se cuestiona es si este "control" es ilimitado. Evidentemente, la respuesta es negativa. El Estado debe tener la facultad de limitar el acceso ciudadano a la información contenida en el sumario, si bien dicha posibilidad tampoco está exenta de modulaciones; se trata, por tanto, de jugar con los equilibrios entre los intereses en juego" (PLANCHADELL GARGALLO, A., «Publicidad del proceso…» cit., p. 154). Sobre esta cuestión, *vid.* también SERRA CRISTÓBAL, R., «Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de trata», en: BOIX REIG, J. (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 241 y ss.

[895] PLANCHADELL GARGALLO, A., «Publicidad del proceso…» cit., p. 154.

los jueces "que (como ya debían hacer antes) es su obligación impedir que se formulen preguntas impertinentes"[896].

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el precepto citado permite que, excepcionalmente y atendiendo a las circunstancias, el juez pueda considerar que las preguntan son pertinentes. Por tanto, en determinados casos el tribunal puede considerar necesaria la formulación de preguntas que produzcan una intromisión en la intimidad de la víctima y, al mismo tiempo, el abogado de la defensa o el fiscal pueden realizarlas y, aunque el juez no permita que sean contestadas, ya se habrá producido la victimización secundaria.

Otras medidas que recomiendan quienes abogan por una reforma de la perseguibilidad son aquellas destinadas a mejorar el trato de la víctima en distintos niveles: desde el primer contacto con la policía (cuyos agentes deberían recibir una formación específica para atender a las víctimas de delitos sexuales), hasta medidas orientas a su protección en el momento del juicio (como evitar una confrontación directa con el victimario)[897]. De nuevo, se trata de soluciones que se encuentran previstas en nuestro ordenamiento jurídico: la formación especializada del personal de la policía y de la administración de justicia que atiende a las víctimas se encuentra prevista en el artículo 30 del EV[898] y, además de ello, en el artículo 25 se establece "que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar

[896] CUERDA ARNAU, M. L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en: MUÑOZ SÁNCHEZ, J., GARCÍA PÉREZ, O., CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I, GARCÍA ESPAÑA, E. (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1310.

[897] FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 2.; ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 341.

[898] Art. 30 EV: "1. El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal, en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que desempeñen funciones en esta materia. En estos cursos de formación se prestará particular atención a las víctimas necesitadas de especial protección, a aquellas en las que concurran factores de especial vulnerabilidad y a las víctimas menores o con discapacidad. 2. Los Colegios de Abogados y de Procuradores impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en los principios de protección de las víctimas contenidos en esta Ley".

perjuicios a la víctima, así como en perspectiva de género, o con su ayuda"[899]. Ahora bien, como viene denunciándose desde distintos sectores, este tipo de previsiones quedan en papel mojado si no se destinan recursos materiales para formar a los operadores jurídicos y policiales. Se ha dicho, en este sentido, que en muchas ocasiones los cursos de formación son voluntarios y, por otro lado, que no se supervisa la repercusión que tienen en la práctica (es decir, si efectivamente contribuyen a una mejor atención de las víctimas)[900].

En relación con la especialización en violencias sexuales hay que añadir que, como consecuencia de la disposición final vigésima de la LOGILS, recientemente se ha aprobado una reforma de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) que determina la asunción por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de las competencias en materia de instrucción "de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II del Código Penal, por los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual cuando la persona ofendida por el delito sea mujer" (art. 89.5.h) LOPJ)[901]. Habrá que esperar unos meses para ver cómo se implementa esta importante reforma.

Por lo que se refiere a las medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el victimario (por ejemplo, mediante el uso de una mampara en la sala del juzgado que los separe), estas se encuentran previstas en el art. 25 del EV, que además contempla la posibilidad de que la víctima pueda ser oída sin estar presente en las vistas, haciéndose uso de las tecnologías de la comunicación. Además de ello, se ha introducido la posibilidad de grabar las declaraciones de la víctima para hacerlas valer en el juicio oral, opción que hasta 2022 únicamente se encontraba prevista para menores y personas con discapacidad NEP, pero que tras la LOGILS también se extiende a las víctimas de

[899] Asimismo, se añade que "la toma de declaración se lleve a cabo por persona del mismo sexo en delitos de género y contra la libertad sexual, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un juez o fiscal" (art. 25.1.d) EV).

[900] SIMÓ SOLER ha advertido del riesgo que supone entender que el Estado cumple con el principio de debida diligencia simplemente "ofreciendo un servicio sin atender a su efectividad, por el mero hecho de disponer de él". En este sentido, la citada autora añade que "es más sencillo contar los cursos de formación que se han dado que determinar el efecto real que han tenido en el personal de la Administración de Justicia" (SIMÓ SOLER, E., *Justicia con perspectiva de género…* cit., p. 341).

[901] Vid. Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

violencias sexuales (art. 26 EV). Esta última medida fue introducida porque se observó que en reiteradas ocasiones se producían conformidades debido a que la víctima no se atrevía a declarar en el momento de juicio. Esto produjo un gran reproche social debido a que casos graves de violación eran condenados con penas de prisión muy bajas[902], lo cual podría suponer una suerte de resurrección de la figura del perdón de la víctima[903].

De lo expuesto cabe concluir que, si bien resulta elogiable el esfuerzo del legislador por mejorar la situación de las víctimas en el proceso penal, todavía queda un largo camino por recorrer hasta que todas estas medidas puedan verse completamente implementadas. En consecuencia, un sector de la doctrina entiende que, mientras siga existiendo la victimización secundaria, debe mantenerse la exigencia de denuncia de la víctima en los delitos sexuales[904]. En otras palabras, convertir los delitos sexuales en delitos públicos sin previamente haber acabado con la victimización secundaria supone empezar a construir la casa por el tejado. Ahora bien, a mi juicio, ni siquiera con la correcta implementación de estas medidas podría garantizarse una total protección de la

[902] *Vid.* ROMERO, J. M., (2 de septiembre de 2022), «La Fiscalía diseña una fórmula para evitar que los violadores acreditados se libren de la cárcel», *El País*, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-09-02/la-fiscalia-disena-una-formula-para-evitar-que-los-violadores-acreditados-se-libren-de-la-carcel.html# (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[903] MUÑOZ CONDE ha señalado que, a pesar de la prohibición del perdón, "los acuerdos entre la acusación particular y el MF han posibilitado que en algún caso con la decisión de la víctima de mostrarse conforme con penas más leves y con la indemnización civil se hayan llegado a dictar sentencias de conformidad con penas sensiblemente inferiores a las que en principio corresponderían a los hechos" (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., p. 295). Sobre esta cuestión, PITCH ha observado que "la negociación de las penas ha sido considerada por muchas mujeres la causa de una tendencia creciente a la aplicación de condenas irrisorias por violencia sexual, unas condenas que a menudo se suspenden o se sustituyen por otras medidas alternativas a la prisión" (PITCH, T., *Un derecho para dos…* cit., p. 192). *Vid.* también: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio?...» cit., pp. 225 y ss.

[904] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 126: "La opción de impedir la actuación penal, sin ser desde luego la más idónea en un plano de *lege ferenda*, aparece desde la perspectiva de *lege lata* como la única herramienta posible en manos de la víctima para salvar la victimización secundaria". Si bien es cierto que ALONSO RIMO formuló su tesis cuando todavía no se habían introducido todas las medidas que actualmente prevé el EV, en la actualidad puede afirmarse que estas mejoras legislativas no han sido implementadas de forma satisfactoria en la práctica. No basta con reformas las leyes, sino que, como expresamente reconoce DE TORRES GUAJARDO, "mejorar la victimización secundaria pasa por dotar de medios materiales a los distintos operadores que debe enfrentar la víctima desde que adquiere la condición de tal. La protocolización de las diversas actuaciones y el acompañamiento a la víctima desde el inicio del proceso por profesionales especialmente formados para ello, supondría una sustancial mejora en su estatus, haciendo perder, de forma definitiva, la justificación que el requisito de perseguibilidad pudiera haber tenido en su origen" (DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., pp. 14-15). Es decir, aunque este último autor se posiciona a favor de transformar los delitos de agresión y acoso sexuales en delitos públicos, reconoce que todavía no se han implementado todas aquellas medidas que justificarían una derogación del art. 191.1 CP.

intimidad de la víctima ni eliminar toda posible revictimización[905]. El proceso penal, inevitablemente, requiere que se tome declaración a la víctima en distintos momentos y, en materia de delitos sexuales, es inevitable que las preguntas que se formulen se refieran a un aspecto íntimo pues, en la mayoría de las ocasiones, los tribunales tratarán de determinar si hubo consentimiento en la relación sexual, por lo que muchas de las preguntas irán encaminadas a esclarecer esta cuestión[906]. Además, la doctrina ha advertido de que prohibir en todo caso este tipo de preguntas podría suponer una vulneración del derecho de defensa[907]. Por ello, a mi modo de ver, no se trata de prohibir ciertas preguntas, sino de informar adecuadamente a las víctimas para que decidan si están dispuestas a enfrentarse a este proceso[908]. Asimismo, se deben explorar mecanismos y procedimientos que eliminen la centralidad de la declaración de la víctima, ya que entender que es la única prueba posible supone cargarla con un peso excesivo y, en cambio, evita que las autoridades se esfuercen en hacer una buena investigación, lo cual incrementa la victimización secundaria[909].

Ahora bien, aunque la revictimización sea, en cierto modo, intrínseca al proceso penal, también es cierto que la formación en perspectiva de género del personal de la administración de justicia puede aumentar la confianza de las víctimas en el sistema y que ello contribuya a que quieran participar activamente en el proceso penal[910]. Es evidente que cuanta más confianza sientan hacia las instituciones y cuanto mejor

---

[905] En este sentido, VEGA RUIZ señala que "la actuación judicial por actos sexuales por muchas cautelas procedimentales que se adopten o aparezcan previstas en nuestras leyes procedimentales acarrea cierta publicidad del hecho, perjudicial para la víctima. Mínimamente tendrán conocimiento del mismo personas distintas del agredido y agresor: jueces, oficiales de juzgados, funcionarios de policía, abogados…" (DE VEGA RUIZ, J. A., *El acoso sexual…* cit., p. 62).

[906] Como señala PITCH, a pesar de que exista una mayor concienciación social sobre la violación, esto no implica "que los procesos se hayan hecho necesariamente menos penosos para las víctimas, ya que siempre se trata de averiguar lo que efectivamente ha pasado, y en qué medida y cómo el acusado fue consciente de que la víctima no consentía" (PITCH, T., *Un derecho para dos…* cit., p. 191).

[907] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 191; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., pp. 423 y ss.

[908] Así lo ha expresado recientemente en una entrevista Carme Guil, jueza de lo penal y presidenta de la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación. *Vid.* SERRA, C., y GUIL, C., (20 de mayo de 2024), *El sentido de consentir #2*, [Archivo de vídeo], Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=f-a8eGIqRNs&t=405s (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[909] *Vid.* las recomendaciones del Grupo de Expertos del Consejo de Europa sobre Acción contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica: GREVIO, *Baseline Evaluation Report…* cit., p. 65.

[910] Esta formación en perspectiva de género debe ser interseccional, pues de lo contrario no se atenderá adecuadamente a las necesidades de las víctimas que atraviesan otras situaciones de discriminación. *Vid. infra* (VI).

entiendan el proceso, existirán mayores probabilidades de que quieran colaborar, pero no deberíamos obligarlas a ello[911]. Sobre todo, porque las leyes y los cursos de formación no son suficientes para cambiar las concepciones sociales patriarcales que todavía hoy existen alrededor de la sexualidad. Los estereotipos de género en la administración de justicia son solo un reflejo de nuestra sociedad[912].

2. Conexión entre el objeto de protección del delito y los intereses tutelados por la exigencia de denuncia

Es conveniente reflexionar sobre si la protección de los intereses de la víctima (su intimidad y bienestar psíquico), a costa de sacrificar la persecución penal, contribuyen a una mejor o peor tutela de la libertad sexual. *A priori*, podría pensarse que, cuando se atiende a estos perjuicios que la persecución de oficio podría ocasionar, se está desprotegiendo al bien jurídico. Sin embargo, como ya se ha apuntado, la doctrina entiende que la exigencia de denuncia es "coherente" con el objeto de protección del delito[913]. En consecuencia, se hace necesaria una aproximación al concepto "libertad sexual" y, una vez delimitado su contenido, se estudiará la conexión que presenta con los intereses mencionados.

La libertad sexual consiste en la facultad de las personas de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad[914]. Esta facultad tiene un aspecto positivo

---

911 Como acertadamente observa SARANCENI, "el problema de la persecución penal de la violencia sexual no puede resolverse constriñendo a la mujer a afrontar un proceso que no quiere, sino creando las condiciones sociales y humanas para que la mujer pueda querer este proceso. Sin esta madurez de conciencia la violencia sexual continuará permaneciendo en la clandestinidad". *Vid.* SARANCENI, L., «Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali», *Quest. Giust*, n.º 1, 1985, p. 26.

912 Como acertadamente formula SERRA, "más allá de las leyes, los prejuicios son insidiosos y persistentes, involucran a toda la sociedad –incluyendo a esa parte que es la que tiene que interpretar las leyes– y cambiarlos requiere un trabajo cultural de fondo" (SERRA, C., *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, p. 63). Sobre esta cuestión, LLORIA ha destacado que "aplicar la perspectiva de género como categoría analítica supone que, desde los órganos jurisdiccionales, no solo se ha de atender a las necesidades de las denunciantes desde el punto de vista procesal y asistencial, sino que los y las juezas han de despojarse de los estereotipos de género a la hora de dictar sentencias y aplicar las normas" (LLORIA GARCÍA, P., «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 40, 2020, p. 350).

913 *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., p. 294.

914 *Vid.* ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales(I): agresiones sexuales», en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch,

(la posibilidad de decidir con quién y de qué manera se tienen relaciones sexuales sin más limitaciones que las derivadas del respeto de la libertad ajena[915]) y un aspecto negativo (la posibilidad de rechazar los actos sexuales propuestos por otra persona)[916]. Esta última dimensión, conocida como "libertad sexual negativa", es la que protege el Código Penal en su Título VIII[917]. Ahora bien, según LAURENZO COPELLO, tras la LOGILS se ha producido un cambio en la concepción del bien jurídico, pues el modelo del *solo sí es sí* implica que el objeto de protección no se refiera ya a la negativa a tener un contacto sexual, sino que se concibe como "el derecho a autogestionar la propia sexualidad sin interferencias de terceros", un punto de vista que ha venido propiciado por una parte del movimiento feminista[918].

Aunque la libertad sexual es el objeto de protección común a todos los delitos contenidos en este Título, no es necesariamente el único bien jurídico tutelado[919]. Por ejemplo, en el acoso sexual (art. 184 CP) se suele hacer referencia a que el bien jurídico protegido es también la intimidad de la víctima y su dignidad[920]. De hecho, aunque no se

---

Valencia, 2015, p. 171. Según ORTS BERENGUER, este es "el contenido esencial de la libertad sexual" (ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 25).

915 *Ibidem.*

916 Como refiere ORTS BERENGUER, el *aspecto dinámico-positivo* consistiría en la facultad de disponer del propio cuerpo, mientras que el aspecto *estático-negativo* comprende la posibilidad de repeler los ataques sexuales (ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 24). La doctrina ya venía haciendo referencia a la dimensión positiva y negativa del bien jurídico con anterioridad a la reforma de 1989. *Vid*. POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pp. 46-47; BOIX REIG, J., *El delito de estupro…* cit. pp. 79 y ss.

917 DÍEZ RIPOLLÉS señala que en ningún caso se aspira a "proteger frente a comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual consintiente o en solitario (libertad sexual positiva)". Este tipo de conductas, sin embargo, podrían suponer un delito de coacciones. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pp. 71 y ss.

918 LAURENZO COPELLO, P., «La difícil incorporación del pensamiento feminista…» cit., p. 327. En un sentido similar, CARBONELL MATEU ha apuntado que esta reforma ha supuesto un paso "en favor de considerar la autodeterminación personal, la capacidad de decidir entre hacer o no hacer, como el centro del derecho a proteger" (CARBONELL MATEU, J. C., «Autodeterminación personal y dignidad…» cit., p. 136). Para conocer una crítica feminista al modelo del "sí es sí" y una reivindicación del tradicional lema del "no es no" *vid.*, por todas: SERRA, C., *El sentido…* cit., pp. 9 y ss.

919 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., pp. 227 y ss.

920 *Vid.* MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 320 y ss.; MATALLÍN EVANGELIO, A., «Acoso sexual a menores», en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 91 y ss. Esta última autora considera que el bien jurídico protegido en estos delitos es la integridad moral, pues en los mismos se crea en la víctima "una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, que lesiona su dignidad". Según afirma, la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la libertad sexual no

introdujo como delito hasta 1995, el Estatuto de los Trabajadores ya configuraba el acoso sexual como una grave infracción del derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y dignidad[921]. En su redacción original, el delito únicamente hacía referencia al acoso sexual vertical (aquel que se realiza "prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga")[922], sin embargo, tras la reforma operada por la LO 11/1999, se introdujo como tipo básico el acoso sexual horizontal[923], quedando el vertical como subtipo agravado[924]. En la exposición de motivos de la mencionada reforma, el legislador afirmó expresamente que "los bienes jurídicos en juego […] no se reducen a la expresada libertad sexual" y cita la dignidad de la persona entre los bienes jurídicos tutelados[925]. Lo cierto es que, como apuntan MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, en el delito de acoso sexual el único punto de anclaje con la libertad sexual se

supone un inconveniente para defender la integridad moral como bien jurídico protegido, pues "las rúbricas de los títulos del Código Penal no predeterminan necesariamente el objeto de protección". MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, sin embargo, consideran que hubiera sido más acertado ubicar estos delitos en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Por su parte, COBO DEL ROSAL, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ han apuntado que "el art. 184, comparado con otros tipos penales, puede llegar a parecer que protege bienes jurídicos distintos, al tratarse de delitos que podían haberse integrado en diferentes secciones del Código penal, sin perder cierta coherencia sistemática". Sin embargo, para estos autores resulta erróneo afirmar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, pues consideran que "lo que se protege, *únicamente*, es la libertad o indemnidad sexuales de la persona, aunque dentro del objeto de protección del delito podamos encontrar otros bienes jurídicos que puedan verse remotamente afectados" (*vid.* COBO DEL ROSAL, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *El acoso sexual*, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, pp. 37 y ss.).

[921] Actualmente la legislación laboral establece que "en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: […] Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" (art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores).

[922] *Vid.* LARRAURI, E., «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 1997, pp. 183 y ss.

[923] Art. 184.1 CP: "El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses".

[924] Art. 184.2 CP: "Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses".

[925] *Vid.* Exposición de Motivos de la LO 11/1999, párrafo cuarto: "los bienes jurídicos en juego […] no se reducen a la expresada libertad sexual, ya 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".

encuentra en el requerimiento típico de que se soliciten "favores de naturaleza sexual", pues el resto de los elementos del tipo básico conectan mejor con el derecho a la dignidad, honor e intimidad de la víctima[926].

Por otro lado, como destaca MUÑOZ CONDE, si bien el "orden moral social" no es ya el bien jurídico protegido en los delitos sexuales[927], en su tipificación se emplean "conceptos morales que limitan o reprimen más que protegen la libertad de los que los realizan"[928]. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de exhibicionismo o provocación sexual (art. 186 CP), donde la interpretación sobre qué debe entenderse por "obsceno" o "pornográfico" depende de factores culturales de tipo moral[929]. Según el citado autor, lo mismo ocurre con los delitos de prostitución, donde el castigo tiene como objetivo mostrar "la desaprobación desde el punto de vista moral social, y no la libertad de las personas que la practican"[930]. No obstante, la doctrina mayoritaria ha asignado a los delitos relativos a la prostitución el bien jurídico de la libertad sexual"[931].

---

926 MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 322.

927 En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección…» cit., p. 95: "La consolidación de la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales […] constituye un avance indudable, y no sólo porque ha supuesto el reconocimiento de la sexualidad como una dimensión trascendental de la autorrealización personal y ha hecho surgir el derecho igual de toda persona a ejercer su opción sexual en libertad, sino porque ha implicado la ruptura con los roles culturales tradicionales asignados a la mujer a la hora de ejercer la sexualidad, que se encontraban íntimamente entrelazados con la ya superada tutela de la moral sexual colectiva". *Vid.*, en el mismo sentido, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., pp. 74 y ss.

928 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., p. 230.

929 Sobre la problemática del concepto de "pornografía", MUÑOZ CONDE ha apuntado que los "polémicos programas de educación sexual en las escuelas demuestran que no hay unanimidad sobre qué se entiende por material pornográfico y sobre hasta qué punto esto puede utilizarse para limitar la libertad de expresión" (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., pp. 276). Asimismo, la doctrina se ha opuesto al castigo de la elaboración de material pornográfico con personas imaginarias, sin la implicación directa de un menor o una persona con discapacidad, ya que en estos casos no existiría lesión ni puesta en peligro del bien jurídico. *Vid.*, entre otras: ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 221.

930 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., p. 231.

931 *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual», en: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., BARJA DE QUIROGA, J. L. (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1268 y ss., con ulteriores referencias.

Como es sabido, el debate en torno a la abolición o regulación del trabajo sexual divide y enfrenta a los feminismos[932]. Como se verá *(infra* VI.3), las tesis abolicionistas cuestionan que en estos casos la mujer se encuentre en condiciones de "libertad" para decidir en el ámbito sexual[933]. En este sentido, ALMODÓVAR PUIG ha apuntado que desde estos posicionamientos se reclama el castigo del cliente con independencia de que medie el consentimiento explícito de la prostituta, ya que se entiende que con el delito se produce "un atentado a su dignidad, incluso contra su integridad moral, por tratarse de un acto de degradación y humillación de la mujer en el sentido más amplio de su término. Consecuentemente, el derecho a la intimidad de la mujer pasaría a un primer plano, en detrimento del concreto derecho a la libertad sexual de la prostituta"[934]. Por tanto, como explica DÍEZ RIPOLLÉS, según esta idea el bien jurídico protegido en los delitos de prostitución no sería la libertad sexual, sino la intimidad, ya que la relación sexual no se analiza desde el punto de vista de la voluntad de la víctima, sino desde "la perspectiva de la intromisión que supone en la esfera más íntima de la víctima, aquella que afecta a los aspectos más esenciales de su identidad"[935].

Este último autor se muestra crítico con estos planteamientos, pues considera que realzar el componente de atentado a la intimidad que los delitos sexuales conllevan equivale a "enfatizar la especial vinculación que el ejercicio de la sexualidad tiene con los planteamientos de autorrealización personal del individuo, lo que explicaría que cualquier práctica sexual no deseada se sienta como especialmente lesiva"[936]. No

---

[932] *Vid*., entre otras, MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y justicia penal*, Comares, Granada, 2009, pp. 5 y ss.; CUERDA ARNAU, M. L., «Los discursos sociales y jurídicos acerca de la prostitución: dudas y certezas», en: PERIAGO MORANT, J. (Dir.), *La prostitución en la Comunidad Valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 17 y ss.; SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo: feminismo en el siglo XXI*, Anagrama, Barcelona, 2022, pp. 240 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., «¿Prostitución? Ni sí ni no, sino todo lo contrario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 14 y ss.; RICCI, F., «Prostitución, bien jurídico protegido y derechos violados», *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 11, n.º 2, 2023, pp. 189 y ss.

[933] Sobre la invalidación del consentimiento de las trabajadoras sexuales, *vid*. SERRA, C., *El sentido…* cit., pp. 48 y ss. Según LLOBET ANGÍ, en los casos de prostitución consentida no se afecta "la libertad sexual de nadie" (LLOBET ANGLÍ, M., «Prostitución y consentimiento: ¿Una contradicción en los términos?», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, n.º 21, 2022, p. 111).

[934] ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 327. Como señala este autor, según este planteamiento, en el ámbito de la prostitución aparecerían antepuestos los intereses de "la mujer" en detrimento de la voluntad de quien la ejerciere libremente, por el mero hecho de tratarse de algo simplemente inaceptable desde el punto de vista de la colectividad, "con independencia de la opinión discrepante de cualquiera de sus individuos integrantes".

[935] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección…» cit., pp. 95 y ss.

[936] *Ibidem*, p. 96.

obstante, añade, tal cualidad de los delitos sexuales es precisamente la que ha llevado al legislador a regular los atentados contra la libertad sexual de forma separada a otros atentados a la libertad y, además de ello, si la intimidad "termina independizándose de la libertad sexual", estos delitos se solaparían con los ya existentes contra la intimidad personal[937]. En resumen, según DÍEZ RIPOLLÉS, la intimidad no es un bien jurídico independiente, sino que simplemente está estrechamente relacionada con la libertad sexual debido a que ambas son componentes de la autorrealización personal.

También se ha discutido si es posible hablar de "libertad sexual" en relación con víctimas menores de edad o con discapacidad, o si debe entenderse que en estos casos es otro el bien jurídico protegido, debido a que estos sujetos no tienen la mencionada autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual[938]. Por ello, la reforma penal de 1999 introdujo en la rúbrica del Título VIII una referencia a la "indemnidad sexual" de los menores y de las personas con discapacidad. Aunque en la mencionada ley orgánica se hacía referencia a otros bienes jurídicos, la indemnidad sexual fue el único que quedó reflejado en la rúbrica[939]. Esta es la denominación que había permanecido hasta la reforma de 2022, la cual ha devuelto a estos delitos su denominación anterior ("Delitos contra la libertad sexual")[940].

La doctrina suele enmarcar la indemnidad sexual en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), pues consiste en el derecho a no sufrir alternaciones futuras en el ámbito de la sexualidad[941]. Respecto de las personas con discapacidad, la indemnidad hace referencia a que no pueda alterarse su voluntad en la participación de

---

[937] Lo cual conllevaría que los delitos contra la intimidad tuvieran que reformarse considerablemente "para acomodar su estructura a estos nuevos contenidos de injusto" (*Ibidem*, p. 97).

[938] *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., pp. 229 y ss.

[939] Así lo señala DÍEZ RIPOLLÉS, que destaca que es el único bien jurídico de los mencionados que se "refleja jurídico-positivamente". Asimismo, este mismo autor resalta que el legislador también se refiera a la indemnidad como "integridad sexual" (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección…» cit., p. 79).

[940] En esta reforma se echa en falta una justificación sobre el cambio de rúbrica en la exposición de motivos. Según CÁMARA ARROYO, "la eliminación es legítima: no hay que olvidar que, conforme a la Convención de los Derechos del Niño, se reconocen plenamente todos los derechos y libertades a los menores de edad, entre ellos también la libertad sexual, aunque no puedan ofrecer, en puridad, su consentimiento" (CÁMARA ARROYO, S., «Delitos contra la libertad sexual», en: SERRANO TÁRRAGA, M. D. (Coord*.), Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 224 y ss.). En contra de esta reforma, *vid*., entre otras, GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de las agresiones sexuales», *Diario La Ley*, n.º 9790, 2021, p. 8.

[941] *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., «Delitos contra…» cit., p. 224.

actos sexuales, superando así, como ha señalado CÁMARA ARROYO, "el concepto de intangibilidad anterior por la cual se entendía que tales personas debían permanecer al margen de todo lo relativo al sexo"[942].

No obstante, lo cierto es que la indemnidad sexual no ha sido aceptada como bien jurídico de forma unánime, pues un importante sector doctrinal considera que nos encontraríamos ante una protección de la libertad sexual "potencial" o "*in fieri*"[943]. Pero, además de ello, hay quienes han afirmado que en los casos de víctimas menores de edad o con discapacidad el bien jurídico afectado es la intimidad. De esta opinión son BOIX, VIVES y ORTS, que concluyen que lo que se protege es el interés del Estado en que las personas que se encuentran en esas situaciones "vean preservada su intimidad de injerencias inadmisibles por abusivas"[944]. En una publicación posterior, ORTS BERENGUER reitera esta tesis: "Cuando un individuo tiene acceso carnal con otro irrumpe en una de las parcelas más privadas, más reservadas, más particulares de la vida de esa persona, en su intimidad, en definitiva, pues no es siquiera cuestionable que la sexualidad pertenece al ámbito de aquella, de la intimidad"[945].

El análisis precedente muestra que existe cierta continuidad entre el objeto de protección de estos delitos y los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia en los delitos de agresión y acoso sexuales pues la intimidad de la víctima y su dignidad se han defendido en numerosas ocasiones como bienes jurídicos. Esta relación es sin duda más directa en el delito de acoso sexual que en las agresiones sexuales, ya que mientras que en el primero la intimidad y la dignidad se reconocen como bienes jurídicos, en las agresiones sexuales esto está más discutido. En definitiva, la interpretación que se asuma sobre el bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales determinará su mayor o menor conexión con los intereses tutelados por la perseguibilidad a instancia de la víctima.

---

[942] *Ibidem*, pp. 224-225.

[943] *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., «La reforma…», cit., p. 71; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección…» cit., pp. 69 y ss.; MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad…» cit., pp. 286-287. Según ZUGALDÍA ESPINAR, "la indemnidad (o intangibildiad) sexual no es un bien jurídico protegido en sí, sino un simple instrumento en forma de "situación" que se crea en torno a ciertas personal (menores o incapaces) para proteger el bien jurídico de su libertad sexual" (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Los delitos relativos…» cit., p. 1269-127).

[944] *Vid.* BOIX REIG, F. J., VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., *La reforma penal de 1989…* cit., pp. 139-140.

[945] ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 38.

Aunque se ha estudiado principalmente la posibilidad de configurar la intimidad como bien jurídico, también debe recordarse que el otro interés que se tutela a través del requisito de la denuncia es el bienestar psíquico de la víctima y su dignidad. Pues bien, este no solo es un bien jurídico comúnmente aceptado en el delito de acoso sexual, sino que, en el debate sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido en las agresiones sexuales a menores y personas con discapacidad, también se menciona con frecuencia el bienestar psíquico de la víctima como interés digno de tutela, aunque el mismo suele conectarse con la idea de indemnidad y tampoco es defendido como bien jurídico autónomo[946].

Dentro de este marco, se comprende que con carácter general la doctrina conecte la fundamentación de la perseguibilidad con el bien jurídico protegido[947]. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que la exigencia de denuncia supone una "correcta comprensión del bien jurídico […] que no pasa por alto la especialidad del objeto de protección, ligado a unos contenidos que podemos denominar "personalísimos de autorrealización personal", y que si son lesionados por el autor también pueden serlo, en los supuestos más leves incluso en mayor medida que por el propio delito, a través de una indiscriminada persecución de oficio"[948]. Según este planteamiento, la persecución pública podría suponer una intensificación en la lesión del bien jurídico o, dicho de otro modo, la victimización secundaria sería una continuación de la victimización primaria originada por el delito. En esta línea, ha llegado a afirmarse que mediante el proceso penal la víctima de un delito sexual es "violada" de nuevo[949].

La referencia a los contenidos "personalísimos de autorrealización personal" es comúnmente utilizada por la doctrina para justificar el requisito de la denuncia[950]. En una

---

[946] *Vid*., entre otras, CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual (II)…» cit., p. 338; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 30. En este sentido, ALMODÓVAR PUIG se refiere al derecho a no sufrir alteraciones psiquiátricas, es decir, a tener un desarrollo de la personalidad, físico y psíquico, "normal" (ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., pp. 325).

[947] Vid. *supra* los comentarios de ORTS BERENGUER y MUÑOZ CONDE. Asimismo, GARCÍA-PABLOS afirma que se entiende que el Estado deje en manos de la víctima la decisión de denunciar respecto a bienes jurídicos "muy sensibles" (la libertad sexual). *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción…* cit., p. 59.

[948] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 192.

[949] Así lo ha dicho recientemente la antropóloga Rita Segato. *Vid.* SEGATO, R., MACAYA, L., ALABAO, N., (26 de mayo de 2024), *Feminisme contra el punitivisme*, [Archivo de video], Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=fTH3FaX0UGY (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[950] *Vid*., entre otras, GOENAGA OLAIZOLA, R., «Delitos contra la libertad…» cit., pp. 95 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 218.

publicación posterior, DÍEZ RIPOLLÉS conectará esta idea con la tutela del derecho a la intimidad: "una indiscriminada persecución de estas figuras, con el consiguiente proceso y eventual publicidad, puede originar, *dada la profunda imbricación del bien jurídico de la libertad sexual con contenidos de autorrealización personal, que otros significativos componentes de ésta, como la intimidad personal,* puedan resultar afectados de una manera desproporcionada desde el punto de vista de la víctima"[951]. Como consecuencia, el citado autor ha defendido que todos los delitos contra la libertad sexual deberían seguir el mismo sistema de perseguibilidad.

Por otro lado, es también frecuente encontrar en la doctrina posicionamientos que defienden que deben protegerse los intereses de la víctima y que no conectan dicho fundamento con el objeto de protección del delito. Es decir, habitualmente se hace referencia a la necesidad de preservar la intimidad y de evitar la revictimización, sin conectar esta razón político-criminal con el bien jurídico "libertad sexual"[952]. En este sentido, ALONSO RIMO ha defendido que la intimidad y el bienestar psíquico de las víctimas son intereses merecedores de tutela autónoma, con independencia "de su mayor o menor sintonía con el bien jurídico libertad sexual"[953]. Según este autor, la victimización secundaria no debe entenderse como una continuación del daño producido por el delito, sino que se trata de los daños producidos por el proceso[954]. De esta manera, se "desgaja" el objeto de protección de la perseguibilidad privada del objeto de protección del delito[955]. Por tanto, según el citado autor, el bien jurídico protegido no determina el

---

[951] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 576 (la cursiva es añadida). Asimismo, el autor afirma que este tipo de consideraciones tienen que ver con la prevención del fenómeno de la victimización secundaria y también hace referencia a la necesidad de preservar el bienestar psíquico de la víctima.

[952] *Vid*., entre otras, SOLETO MUÑOZ, H., OUBIÑA BARBOLLA, S. (Dirs.), *Reformulando el tratamiento procesal…* cit., pp. 182 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 191» cit., p. 613; DÍAZ MORGADO, C., «Título VIII: Delitos contra la libertad…» cit., p. 715.

[953] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., p. 376.

[954] "Estamos hablando, en realidad, -huelga casi decirlo- de daños que pueden derivarse del proceso -o, en términos más exactos, de la intervención penal en general-, y no de las consecuencias lesivas derivadas de la agresión inicial al bien jurídico; lo cual no empecé, como es lógico, para que aquéllos guarden normalmente parentesco con estas últimas, pero sin que, por ello, aun pudiendo hacerlo, tengan que identificarse necesariamente" (*Ibidem,* p. 375).

[955] *Ibidem,* pp. 373 y ss.

sistema de procedibilidad, por lo que puede defenderse que no todos los delitos contra la libertad sexual queden afectados por la cláusula del art. 191.1[956].

A mi modo de ver, aunque los intereses que se tutelan con la exigencia de denuncia *son distintos* al objeto de protección del delito, sí que *se encuentran estrechamente vinculados* a él. Por tanto, no podemos "desgajar" completamente el bien jurídico protegido del fundamento de la perseguibilidad. En efecto, en este caso, la condición de procedibilidad no solo protege intereses "extrapenales" (la intimidad y la dignidad de las víctimas) sino que, de algún modo, contribuyen a una mejor tutela de la libertad sexual. Como acertadamente observa DÍEZ RIPOLLÉS, este bien jurídico se encuentra profundamente relacionado con contenidos de autorrealización personal, por lo que la afectación a la intimidad sexual que implica el proceso penal está muy relacionada con el objeto de protección del delito, lo que nos lleva a reconocer que la perseguibilidad previa denuncia es "coherente" y supone una "correcta compresión" del mismo.

Como se verá *infra* (apartado VI), desde algunos feminismos se ha reivindicado la necesidad de dejar de concebir los delitos sexuales como un asunto privado. Sin embargo, a mi juicio, a pesar de los avances sociales, la sexualidad sigue siendo un aspecto perteneciente a la esfera íntima de las personas.

IV. LAS PRESIONES Y AMENAZAS: ¿DISTINTO FUNDAMENTO DE LA PERSEGUIBILIDAD Y EL PERDÓN?

Otro de los argumentos que con mayor frecuencia se esgrimen en contra de las excepciones a la persecución de oficio es que las mismas pueden fomentar que se produzcan presiones sobre la víctima para que no interponga la denuncia[957]. Como ya explicamos en el Capítulo III, este motivo es el que llevó al legislador a prohibir el perdón

[956] *Ibidem*, p. 375.

[957] Recogen este argumento, entre otras, FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 2; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 91 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1982, p. 546; ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., p. 433. Estas presiones pueden producirse por parte del sujeto activo, pero también por parte del entorno familiar o social de la víctima. Así lo apunta LAMARCA PÉREZ, C., «La protección de la libertad sexual…» cit., p. 61.

en los delitos sexuales en 1989[958], pues se observó que esta figura fomentaba que la víctima estuviese sometida a amenazas y coacciones. Asimismo, se afirma que estas presiones también se producían por parte de la víctima sobre el victimario, exigiéndole una compensación económica a cambio de otorgar el perdón[959].

Ahora bien, cierto sector doctrinal ha denunciado que las presiones y las extorsiones no desaparecieron con la prohibición del perdón, sino que simplemente se trasladaron al momento de interposición de la denuncia[960]. En este sentido, tras la reforma de 1983, BOIX REIG señaló que "las conductas que pretenden evitarse haciendo irrelevante el perdón pueden producirse con anterioridad a que se formule la denuncia"[961]. De la misma opinión son MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, que han afirmado que "la privatización o semiprivatización de la persecución de los delitos es una técnica peligrosa, por cuanto puede constituir un factor criminógeno, que fomente las extorsiones sobre la víctima o bien el mercadeo por parte de ésta al objeto de "vender" la no interposición de la denuncia"[962]. Por tanto, según esta postura, la persecución de oficio sería la única alternativa para acabar con las presiones y los acuerdos privados.

Ahora bien, lo cierto es que este problema no depende del régimen de persecución, pues tampoco mediante la persecución de oficio es posible garantizar que desaparecerían las extorsiones, por varias razones. Por un lado, porque los delitos sexuales son los que en mayor medida conforman la denominada "cifra negra" (al ocurrir la mayoría de ellos en la intimidad, no llegan al conocimiento de las autoridades) y esto tampoco cambiaría simplemente con una reforma de la perseguibilidad, ya que las víctimas serán, en gran parte de los casos, las portadoras de la *notitia criminis.* Por otro lado, porque, aunque el

---

[958] En la reforma de 1983 solo se prohibió en el delito de violación y en el resto de los delitos sexuales se limitó hasta el momento en que recayese sentencia en primera instancia (*vid.* Capítulo III.IX).

[959] Como ya se dijo, aluden a la "compra-venta" de perdones: MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «CAP. VI. Disposiciones comunes…» cit., p. 1402.

[960] Así lo destacan: GONZÁLES MONTES, F., «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, p. 86; ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., p. 433.

[961] BOIX REIG, F. J., «Irrelevancia del perdón…» cit., p. 70. El autor ha reiterado esta postura más recientemente en: BOIX REIG, F. J., «Delitos contra la libertad sexual», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n.º 20, 2019, p. 203.

[962] MORALES PRATS, F., GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 377. De esta misma opinión es FUENTES SORIANO, que defiende la necesidad de que la persecución de los delitos sexuales los configure como "*res extra comercium*" (FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 3).

delito llegue al conocimiento de las autoridades por una vía distinta, nada impide que la víctima cambie su declaración en el momento del juicio[963]. Y como en muchas ocasiones la declaración de la víctima es la única prueba disponible, bastará con que afirme que la relación sexual fue consentida para que no se condene al acusado. Como apunta MUÑOZ CONDE, en estos casos la víctima podrá ser investigada por un delito de obstrucción a la Justicia[964], lo cual generará una victimización secundaria todavía mayor[965]. Como acertadamente apunta LARRAURI, esta decisión de la víctima no debería ser criminalizada, sino que debería citarse al autor para investigar si está amenazando a la víctima[966]. Aunque la posibilidad de que la víctima acabe siendo condenada pueda parecer un peligro teórico, en algún caso de violencia de género se ha dado esta situación[967].

Además de ello, conviene recordar que, según la doctrina mayoritaria, no pueden emplearse las mismas razones que justifican la prohibición del perdón para defender la derogación de la perseguibilidad semipública, ya que ambas figuras responden a diferentes fundamentos político-criminales: mientras que la exigencia de denuncia tiene como objetivo garantizar la intimidad y la dignidad, este mismo motivo no puede ser alegado cuando los hechos ya se han hecho públicos. En este sentido, se defiende que mientras que el requisito de procedibilidad permite tutelar los derechos de la víctima y

---

963 En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción…* cit., p. 59: "existe un dato adicional que justifica la exigencia de una iniciativa de parte previa a la persecución de estos delitos: que sin la colaboración efectiva del perjudicado (cuyo interés real de algún modo anticipa la denuncia o la querella), la investigación procesal resultaría inútil, abocada por fuerza a una solución final por falta de pruebas". Aluden también a este problema probatorio, entre otras: ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad sexual», en: ASÚA BATARRITA, A. (Coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 122; MONTALBÁN HUERTAS, I., «Delitos contra la libertad…» cit., pp. 65-66.

964 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., p. 295: "El legislador exige la denuncia del agraviado para poder proceder, pero una vez presentada ésta, el proceso penal debe seguir hasta el final y la sanción que, en su caso, se imponga, debe cumplirse. Con esto se evita una de las principales lacras que tenía antes la «privatización» de estos delitos, que se convertía en fuente de chantajes, aunque nada impide, por lo menos en el caso de personas capaces, que luego en el momento de su testimonio en el proceso nieguen que fueron víctimas de un ataque a su libertad sexual, por lo que habrá muchas veces que investigar hasta qué punto no se comete un delito de obstrucción a la Justicia".

965 *Vid*., en este sentido, LARRAURI, E., «¿Castigar al agresor o proteger a la víctima?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2020, pp. 16 y ss.

966 LARRAURI, E., «¿Se debe proteger…» cit., p. 166.

967 Público, «Condenan a una víctima de violencia de género por negar que su marido le pegó», *Público*, 2023, Disponible en: https://www.publico.es/mujer/condenan-victima-violencia-genero-negar-marido-le-pego.html (fecha de última consulta: 29.3.2025).

evitar la victimización secundaria, la prohibición del perdón tendría una función tuitiva (la de proteger a la víctima de eventuales chantajes y presiones)[968].

No obstante, cierto sector doctrinal considera que sí que existe cierta continuidad entre la fundamentación de la perseguibilidad privada y el perdón. Sin embargo, mientras que esta equiparación entre ambos mecanismos de disponibilidad privada lleva a un sector doctrinal a exigir que los delitos sexuales se conviertan en perseguibles de oficio[969], a otros los lleva a reivindicar que la víctima tenga un papel todavía más activo, de manera que, si se le concede la facultad de iniciar la acción, se le permita también retirarse del proceso en cualquier momento[970]. En este sentido, ORTS BERENGUER apuntó que, si bien otorgar eficacia al perdón presentaba inconvenientes, "quitársela toda y en todo caso, genera una preocupación no infundada por la salvaguarda de la intimidad de la víctima"[971]. Por ello, el citado autor concluye que, aunque no resulte conveniente restaurar la vigencia del perdón, el juez sí que debería, de algún modo, atender a la voluntad de la víctima sobre la continuación del proceso[972].

Pues bien, lo cierto es que la persecución semipública resuelve algunos de los inconvenientes que se acaban de señalar, pues posibilita que, una vez interpuesta la denuncia, el procedimiento penal continue de oficio. De esta manera, se contribuye a evitar la victimización secundaria pues, sin resucitar la controvertida figura del perdón, se le permite a la víctima retirarse del proceso[973]. No obstante, persiste todavía el

---

[968] *Vid.* RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, «Delitos contra la libertad…» cit., p. 159; AGUADO LÓPEZ, S., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 456.

[969] Pues, como se acaba de apuntar, entienden que con la persecución pública desaparecerá el inconveniente de las amenazas, que con la prohibición del perdón no se erradicó, sino que simplemente se desplazó.

[970] Como vimos en el Capítulo III (IX), esta fue la postura defendida por el Grupo Vasco contra la reforma del perdón. También es la defendida por ZAFFARONI en la doctrina argentina (Capítulo I.V).

[971] ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad…* cit., p. 325. Según el citado autor, "no será raro que, tras presentar la correspondiente denuncia, la víctima reconsidere su anterior decisión y concluya que no desea seguir adelante, porque no sería capaz de soportar un juicio en el que tendría que recordar y revivir los hechos, responder a las preguntas del abogado defensor, ver aireada su historia en los medios de comunicación, tal vez".

[972] *Ibidem*: "Cuando esto suceda, de alguna forma debiera valorarse la preocupación del sujeto pasivo. La solución, obviamente, no consistiría en restablecer un precepto como el del antiguo art. 443, en el cual se reconocía plena eficacia al perdón expreso y al presunto […], sino más bien, en dejar en manos del juez la decisión, una vez oída la víctima y ponderadas sus razones, así como las objetivas concurrentes, tales como evitar que el autor del delito repita la comisión de nuevos delitos sobre otras víctimas". Este último factor citado por ORTS BERENGUER, relativo a las necesidades de prevención especial, será abordado en el apartado siguiente.

[973] En este sentido, ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., p 442. MONTALBÁN HUERTAS señala que la práctica judicial demuestra que en ocasiones la víctima opta por retirar la denuncia

problema probatorio: en los casos en los que la declaración de la víctima sea una prueba fundamental, el procedimiento no podrá continuar sin su colaboración, por lo que promoverlo de oficio en contra de su voluntad no ayuda a remover este escollo. A mi juicio, medidas como las introducidas en el art. 26 del EV, relativas a la posibilidad de grabar las declaraciones de la víctima para hacerlas valer en el juicio oral, permiten a la víctima la retirada del proceso y, al mismo tiempo, asegurar la prueba. Sin embargo, tampoco con esta medida de protección desaparece el inconveniente de las amenazas a la víctima para que declare que consintió la relación sexual.

En otro orden de ideas, se ha apuntado que la posibilidad que introduce el artículo 191.1 de que, en ausencia de denuncia de la víctima, sea el Ministerio Fiscal el que inicie el proceso penal mediante la ponderación de "los legítimos intereses en presencia", permite que el Estado supervise si los motivos por los cuales la víctima decide no interponer la denuncia obedecen a fines "legítimos" (preservar su intimidad y dignidad) o si, por el contrario, dicha decisión se encuentra condicionada por la existencia de presiones y extorsiones. De esta opinión es ALONSO RIMO, que entiende que "la iniciativa pública deberá quedar restringida a los supuestos en que se detecten factores que vicien la voluntad del agraviado –por la presión ejercida sobre él por parte del agresor o su familia– y a aquellos otros en los que la renuncia a la intervención punitiva de la víctima no obedezca a la necesidad de tutela de determinados derechos fundamentales de la misma (su intimidad o su bienestar psicológico), sino a otros motivos (dinerarios principalmente)"[974]. De este modo, la ponderación de intereses que exige el precepto no debe interpretare como una manifestación genérica del principio de oportunidad (en la que se pondrán en la misma balanza los intereses de la víctima y los intereses públicos en la persecución de los delitos), sino que se trata de una "facultad de oportunidad especialmente reglada"[975], en la que deberá prestarse una especial atención a los derechos

porque "no puede soportar la burocracia, tensión o sujeción al proceso de investigación", por lo que se hace necesaria "una activa participación del acusador público". Sin embargo, esta autora defiende la intervención del Ministerio Fiscal incluso cuando la víctima no haya interpuesto la denuncia. Es decir, está a favor de una persecución totalmente pública (no semipública). *Vid.* MONTALBÁN HUERTAS, I., «Delitos contra la libertad…» cit., pp. 65 y ss.

[974] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 419.

[975] *Ibidem,* p. 423, pp. 184 y ss.

fundamentales de la víctima, dado el carácter irrenunciable y no ponderable de los mismos[976].

Esta postura ha sido criticada por LIBANO BERISTAIN, quien sostiene que los chantajes que pueda sufrir la víctima tampoco justifican que el Ministerio Fiscal inicie el procedimiento de oficio. Según esta autora, "aun en estos casos no existen soluciones únicas, y deberán valorarse las razones que pueda aportar la víctima o incluso la trascendencia que esta conceda a las mismas, dado que su voluntad debería seguir siendo la que decidiera entorno a la conveniencia o no de iniciar un proceso penal. Y es que si el legislador considera que en estos casos de delitos sexuales –recordemos la gravedad que alcanzan algunas de estas infracciones– la víctima no puede tener en sus manos tan importante decisión, debería modificar su perseguibilidad y convertirlas en públicas"[977].

De esta manera, LIBANO BERISTAIN concluye que no debe contemplarse la cláusula del art. 191.1 como algo positivo para la protección de los derechos de las víctimas, sino que puede convertirse en un "arma de doble filo" que sirva, finalmente, para que el Ministerio Fiscal controle la iniciación del proceso y la utilice para perseguir hechos que hayan generado gran alarma social[978]. Para impedir que esto ocurra, ALONSO RIMO había propuesto que la decisión del fiscal fuera sometida a una ulterior supervisión por parte del tribunal[979]. Sin embargo, según LIBANO BERISTAIN, el Ministerio Fiscal

---

[976] *Ibidem*, p. 418: "Entiendo que el carácter no ponderable o inalienable de la dignidad humana -objeto último de protección de estos mecanismos y justificador de la paralización de oficio que los mismos comportan- obliga […] al sacrificio de la finalidad preventiva del Derecho penal en aras de su vertiente garantista". Analizaremos esta postura del autor en relación con los intereses preventivos en el siguiente apartado. Por su parte, ALMODÓVAR PUIG realiza la misma interpretación del art. 191, aunque posicionándose en contra de dicha cláusula, pues (como veremos *infra*) considera que por su gravedad estos delitos deberían ser totalmente públicos: "Por desgracia, vista la actual redacción del art. 191 y a pesar lo expuesto hasta ahora, la intervención pública del Ministerio Público no puede entenderse como absoluta y en cualquier supuesto, sino únicamente en casos que justifiquen la interposición de la querella, como v. gr. cuando la impotencia y el miedo de la víctima justifique verdaderamente la intervención de la Fiscalía (v. gr., en casos de vejaciones sexuales generalizadas en instituciones cerradas, de acosos sexuales extendidos en una empresa, etc.). Será necesario, por tanto, que el Ministerio Fiscal tenga en consideración en el caso concreto la voluntad de la víctima de preservar su intimidad frente a la imposición que emana del principio de legalidad proclamado en el art, 214 CE" (ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., p. 440).

[977] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 451.

[978] *Ibidem*, p. 447.

[979] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 423: "Sería conveniente contemplar la posibilidad de revisión judicial de la resolución del Ministerio Público de promover la intervención punitiva en contra de la voluntad del ofendido. […]. Esta solución […] inferiría, en fin, en una mayor tutela de las garantías de las víctimas, lo cual resultaría muy conveniente, habida cuenta de que es ésta precisamente la razón que justifica la sustracción de estas figuras delictivas de la regla general de la persecución *ex officio*".

puede justificar su intervención "bajo el vaporoso manto de supervisar la eventual decisión viciada de la víctima, por mucho control judicial posterior que se quiera dotar a dicha cláusula"[980].

Por último, la autora añade que la víctima puede decidir no iniciar la acción por otros motivos que no sean conservar su intimidad o su bienestar psicológico, y que no necesariamente su voluntad estará viciada si se dan razones de tipo dinerario. Como ya apuntamos, este argumento fue formulado por LARRAURI en contra de la doctrina que hablaba de una "compra-venta" de perdones, pues entendía que este término tenía connotaciones negativas y que no debía cuestionarse a las víctimas que prefieren una reparación económica[981]. Como afirma LIBANO BERISTAIN, es posible "imaginar algún supuesto en que la víctima, libremente, considera así reparado el daño causado por dicho hecho y prefiera no dar luz verde a la persecución penal del mismo, al tratarse, recordemos, de infracciones donde su voluntad puede impedir la incoación del proceso"[982]. No obstante, como se ha expuesto más arriba, ALONSO RIMO no comparte que deba respetarse la libertad de elección de la víctima en todo caso, sino únicamente cuando dicha libertad se oriente a la protección de valores con trascendencia social, como son la intimidad y la dignidad, ya que lo contrario sí supondría una privatización de la justicia penal[983].

En mi opinión, dejar en manos de la víctima la decisión sobre el inicio y la continuación del proceso penal para proteger sus intereses no es privatizar la justicia penal en ningún caso, sino que supone comprender que, ante la revictimización que en ocasiones genera el sistema penal a las víctimas de violencia sexual y la intromisión que supone en su intimidad, es más que entendible que muchas opten por métodos alternativos de resolución del conflicto. A mi modo de ver, el fiscal y el juez no deben controlar cuáles son los motivos por los cuáles la víctima decide no enfrentarse al proceso, sino que

---

[980] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 447. Con todo, a continuación, la autora elogia la interpretación propuesta por ALONSO RIMO: "Con independencia de lo señalado, nos parece de gran utilidad el esfuerzo teórico realizado por Alonso Rimo. Compartimos su tesis relativa a la necesidad de un entendimiento restrictivo de la cláusula prevista en el artículo 191.1 del Código Penal" (*ibidem*).

[981] LARRAURI, E., «Control formal…» cit., pp. 94-95.

[982] LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos…* cit., p. 450.

[983] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 387 y ss.; ALONSO RIMO, A., «El fundamento del Derecho penal…», cit., p. 127: "no se está afirmando que cualquier interés de las víctimas merezca ser tutelado de forma preferente sino sólo aquellos más importantes; esto es, los que conectan con sus derechos fundamentales".

simplemente han de corroborar que toma esa decisión sin estar sometida a coacciones o amenazas. Sin embargo, si se da esta situación intimidatoria, ello no debiera tener como resultado que el Ministerio Fiscal promueva la acción penal contra el presunto agresor o acosador sexual, sino que simplemente deberían activarse los protocolos de atención a la víctima para asesorarla de sus derechos, de los recursos disponibles y de las medidas de protección existentes, para que pueda decidir cuál es la vía más idónea para enfrentar su caso, pero sin negar su agencia actuando de forma automática y paternalista. En el apartado IV desarrollaremos esta postura.

V. LA GRAVEDAD DEL DELITO Y SU NECESARIA PREVENCIÓN

Junto a la problemática de las presiones y las extorsiones, otro argumento que reiteradamente se formula en contra de dejar en manos de la víctima la decisión sobre la intervención punitiva en los delitos sexuales es que los mismos son delitos graves y que su no persecución acarrea serias consecuencias sobre su prevención[984]. Abordaremos, en primer lugar, la cuestión de la prevención y, más tarde, los argumentos referidos a la gravedad.

No cabe duda de que la existencia de condiciones de procedibilidad afecta directamente a los fines preventivos del Derecho penal. Por un lado, en relación con la *prevención general negativa* porque, como se suele afirmar, solo mediante la efectiva imposición y ejecución de las sanciones penales se confirma la amenaza expresada en la ley penal[985]. Por tanto, si el hecho no es perseguido, se transmitirá a la sociedad un mensaje de impunidad, que hará que se desconfíe de la seriedad del sistema penal[986].

[984] GIMBERNAT ORDEIG afirma que "la violación es una conducta violenta que integra uno de los delitos más graves de cualquier Código Penal, por lo que prevalecen, por consiguiente, frente a los intereses meramente particulares, los preventivo-generales y preventivo-especiales" (GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*… cit., p. 90-91). Aluden también al argumento de la gravedad y las necesidades preventivas, entre otras: ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., pp. 431 y ss.; BOIX REIG, F. J., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 203.

[985] Según estableció ROXIN en su teoría dialéctica de la unión, es en el momento de la aplicación judicial cuando se confirma la prevención general contenida en la ley (momento de conminación penal). *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal…* pp. 96 y ss.

[986] Aluden a la impunidad, entre otras, FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 6; DE TORRES GUAJARDO, I., «Revisión crítica…» cit., p. 14.

Asimismo, la exigencia de denuncia tendrá consecuencias sobre la *prevención general positiva*, pues afectará a la confianza de la capacidad del sistema para imponerse[987]. En efecto, entre los argumentos a favor de la persecución de oficio se encuentra "el desconcierto social que produce la renuncia a intervenir frente a conductas con un importante contenido de injusto, con el consiguiente descrédito institucional"[988].

Por otra parte, son evidentes las consecuencias que la decisión de no perseguir penalmente un hecho tiene sobre la *prevención especial*. Este es un aspecto que continuamente se denuncia desde la doctrina. En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG alude a que uno de los requisitos para que un delito no sea público es que "el hecho sea de carácter predominantemente ocasional" y, según este autor, "la violación violenta o paidófila suelen encerrar una tendencia repetitiva"[989]. De esta opinión es FUENTES SORIANO, que además considera que la sensación de impunidad derivada de la perseguibilidad a instancia de la víctima alentará al autor a repetir su acción[990]. En relación con esto último, la Asociación de Mujeres Juristas Themis ha denunciado que "los depredadores sexuales que agreden a numerosas víctimas a lo largo del tiempo se benefician de la falta de denuncia que impide su investigación, aunque conste en el entorno la comisión de ataques a la libertad sexual. Gracias a la impunidad que les proporciona la falta de denuncia, en ocasiones por la extrema vulnerabilidad, dependencia o inferioridad jerárquica de las víctimas, los ataques se prolongan a lo largo del tiempo, contra la misma o diferentes víctimas"[991]. Este mismo argumento fue aducido por una Enmienda del Grupo Parlamentario Republicano a la LOGILS que demandaba la supresión del artículo 191.1 CP[992].

; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 577.

[987] Sobre este aspecto de la prevención general positiva, *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal…* cit., pp. 88 y ss.

[988] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Capítulo VI: Disposiciones comunes…» cit., p. 577. Apunta al descrédito institucional también MONTALBÁN HUERTAS, I., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 65.

[989] GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal…* cit., p. 90-91.

[990] FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 6. En el mismo sentido, ESCOBAR JIMÉNEZ, R., DEL MORAL GARCÍA, A., «La violación: ¿Delito público o semipúblico?...» cit., p. 504.

[991] THEMIS, *Conclusiones y propuestas talleres jurídicos*, 2021, Disponible en: https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-penal, p. 13.

[992] La enmienda transcribe literalmente el argumento de la asociación THEMIS. *Vid.* Enmienda n.º 385 presentada por el Grupo Parlamentario Republicano (BOCG, Congreso, Serie A núm. 62-3, 21 de enero de 2022, pp. 267 y ss.). Según se afirma "debe reformarse el artículo 191 o, al menos, posibilitar la denuncia de centros médicos y asistenciales que tengan constancia o fundada sospecha de la comisión de este delito,

La importancia de intervenir sobre delincuentes habituales no solo es un argumento defendido por quienes se posicionan a favor de transformar los delitos sexuales en infracciones públicas, sino que también se afirma que debe ser un importante factor para tener en cuenta en la ponderación de intereses que actualmente debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal según la cláusula del art. 191.1 CP. Como vimos en el capítulo anterior, se alega que, junto con los intereses de la víctima, se deberá valorar (en aras de la protección del interés general) si el autor es reincidente, en cuyo caso se entiende que se debe actuar para evitar que se produzcan futuras víctimas. Es decir, en estos casos, según la doctrina mayoritaria, la protección de las víctimas potenciales frente a eventuales agresiones debe primar sobre las necesidades de la víctima individual.

Ahora bien, en un sistema democrático la prevención de los delitos debe de estar sometida a ciertos límites, los cuales vienen definidos por los derechos y libertades individuales. De este modo, en un Derecho penal garantista, los individuos no pueden ser instrumentalizados para conseguir fines sociales por lo que, en el momento de la aplicación judicial de las leyes, las necesidades preventivas se encuentran limitadas por esta "objeción kantiana"[993]. Pues bien, como defiende ALONSO RIMO, dicha objeción –que suele emplearse para justificar la restricción de la función preventivo-general en defensa de los derechos del reo– puede formularse también en relación con la víctima, pues los derechos fundamentales de esta también deben prevalecer sobre las necesidades preventivas, para no ser tratada como un mero instrumento[994].

---

así como investigación policial, para remisión a la Fiscalía para que impulse la incoación del procedimiento".

[993] Según KANT, las personas son un fin en sí mismas, por lo que no es posible instrumentalizarlas en beneficio de la sociedad. *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal…* cit., pp. 84 y ss.

[994] ALONSO RIMO, A., «El fundamento del Derecho penal…», cit., p. 134 y ss. *Vid.*, más ampliamente, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 399 y ss., donde apunta que la negación de la condición de fin en sí mismo resulta inherente a todo hombre y no sólo al delincuente. Además de ello, añade que "la instrumentalización del agresor que tiene lugar a través de la imposición de la pena con una finalidad preventiva queda justificada a partir de la base retributiva que conforma junto a la utilitarista el doble fundamento de la pena. De manera que, la lesión de los derechos del reo producida a través de la imposición de la pena no sólo se justifica por razones preventivas sino también en virtud de un principio de justicia distributiva, salvándose de esta forma la vulneración de la dignidad de la persona, y más concretamente del delincuente. Por el contrario, en el caso de la víctima, no existe base retributiva justificadora del "castigo" –la lesión de los derechos fundamentales que se sigue para aquella de la actuación punitiva no consentida–, pues aquel es justificable sólo utilitaristamente, lo que conduce de forma inevitable a la "cosificación injustificada" del agraviado y, con ello, a la negación de su dignidad humana" (ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 401).

En relación con la idea anterior, cabe recordar que, como hemos expuesto más arriba, los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia (la intimidad y la dignidad humana) gozan de una protección constitucional como derechos fundamentales. Si, como se ha dicho, el Código penal es una Constitución en negativo, este no debería prevenir el delito "a toda costa, sino hacerlo de un modo acorde con la identidad valorativa esencial de la sociedad, de modo que los ciudadanos no tengan que avergonzarse tanto del modo de reaccionar ante el delito como del delito en sí y se vean tentados a pensar que tan malo es el remedio como la enfermedad"[995]. Pues bien, mediante la intervención penal de oficio (el remedio), puede producirse una lesión todavía mayor que la producida por el delito sexual (la enfermedad). Como apunta el citado autor, el modo de perseguir las conductas que la sociedad considera intolerables también expresa cuáles son sus valores[996]. Por tanto, a mi juicio, si nuestra sociedad confiere un especial reconocimiento a la intimidad y a la dignidad a través de la Constitución, el sistema penal no puede ignorar dichos valores para conseguir una mayor prevención de los delitos.

En resumen, frente al argumento de las necesidades preventivas que generan los delitos sexuales, cabe oponer las críticas que se hacen a la función preventiva de la pena con carácter general. Ahora bien, es necesario hacer una apreciación adicional desde un punto de vista criminológico. En relación con la prevención general, se afirma reiteradamente que la verdadera prevención de la violencia sexual debe llevarse a cabo a través de la educación y la concienciación social, pues al tratarse de un problema estructural es necesario atajar sus causas[997]. Como veremos en el apartado siguiente, desde algunos feminismos se cuestiona la capacidad del sistema penal para acabar con la violencia contra las mujeres.

---

[995] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «¿Que les corten la cabeza?» *Claves de razón práctica*, n.º 145, 2004, p. 35-36.

[996] *Ibidem.*

[997] Como apunta LLORIA, "la verdadera transformación social ha de producirse por otras vías, y no por la que destruye el Estado de derecho" (*vid.* LLORIA GARCÍA, P., «Algunas reflexiones…» cit., p. 343). En este sentido, MORENO CATENA señala que "la solución del Derecho penal no es "la" solución, y sin caer en una concepción abolicionista, de desaparición del Derecho penal, es lo cierto que los fines del sistema penal y de la pena se alcanzan mejor, con más porcentaje de éxito y, en todo caso, con una mayor salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, por otras vías (prevención, asistencia social, etc.)" (MORENO CATENA, V. M., «El papel del Ministerio Fiscal…» cit., p. 155). *Vid.*, en el mismo sentido, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., «El caso de "La Manada": cultura de la violación y Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 77, 2018, p. 69.

Asimismo, conviene realizar una apreciación sobre el argumento centrado en las necesidades de prevención especial. Como hemos visto, la preocupación porque un delincuente sexual pueda reiterar su conducta es la que lleva a la doctrina a justificar que se excluya en algunos casos el requisito de la denuncia y que se proceda incluso en contra de la voluntad de las víctimas. Esto resulta comprensible si se tiene en cuenta que los casos de agresores sexuales reincidentes generan una gran alarma social y que existe en nuestra sociedad el mito de que estos sujetos no son "reinsertables"[998]. No obstante, esta creencia generalizada de que la tasa de reincidencia de los agresores sexuales es muy elevada no se corresponde con los datos empíricos, que muestran tasas de reincidencia más bajas en comparación con la reincidencia general[999]. A mi juicio, quienes aluden a este argumento parten de una premisa equivocada, pues consideran que las necesidades preventivas individuales en estos delitos son mayores que en otros, pero nos encontramos ante un estereotipo que no se corresponde con la realidad.

Ahora bien, lo cierto es que frente a este argumento podría oponerse que muchos de los delitos sexuales quedan en la cifra negra, por lo que la reincidencia puede ser mayor y no ser detectada. También se podría argüir que, en aquellos casos en los que consten antecedentes penales, la prevención especial sería un buen motivo para proceder de oficio. Sin embargo, según la objeción kantiana que acabamos de exponer –y que compartimos–, el carácter no ponderable de los derechos fundamentales de la víctima hace que en estos casos tampoco esté justificada una persecución penal indiscriminada contra la voluntad de la parte agraviada que vulnere su intimidad y su dignidad.

Por último, debemos hacer una especial referencia al argumento de la gravedad, pues este es, a mi juicio, uno de los que mayor peso tienen a la hora de exigir la persecución de oficio de los delitos sexuales. Como viene señalando la doctrina, la exigencia de denuncia en estos delitos muestra una falta de coherencia dentro del Código Penal, que persigue de oficio el resto de los delitos graves (delitos contra la vida, la

---

998 *Vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas…* cit., pp. 55 y ss.

999 *Vid.* ANDRÉS PUEYO, A., NGUYEN, T., (2020), «La reincidencia sexual: breve resumen del estado de la cuestión», *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, Disponible en: https://postc.umh.es/minipapers/la-reincidencia-sexual-breve-resumen-del-estado-de-la-cuestion/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

integridad física, etc.)[1000] y que establece la necesidad de denuncia previa en delitos de menor entidad[1001]. Del mismo modo, como ya se dijo en el Capítulo IV (III), existe cierta incoherencia entre los propios delitos sexuales, pues no se comprende por qué el Estado renuncia únicamente a la persecución de los delitos de agresión y acoso sexuales, manteniendo la persecución de oficio en otros delitos graves, como la prostitución forzada. En esta línea, se ha dicho también que resulta "absurdo" que delitos más leves (como los delitos de exhibicionismo y provocación sexual) resulten más fácilmente perseguibles que los más graves[1002]. Esto ha llevado a un importante sector doctrinal a considerar que el requisito de la denuncia debería limitarse a los supuestos leves, procediendo de oficio cuando el hecho revista especial gravedad (por ejemplo, en los casos en los que se haya empleado violencia o intimidación)[1003].

En la misma línea, se ha señalado que la legislación penal persigue de oficio supuestos menos graves de violencia sobre las mujeres[1004]. En efecto, como se estudió en el Capítulo II (III.3), el legislador ha excluido el requisito de perseguibilidad en los delitos semipúblicos cometidos en contextos de VGD (supuestos leves de amenazas, coacciones, lesiones, etc.). Según ha señalado la Fiscalía General del Estado, estos delitos son de "indudable naturaleza pública", por lo que el fiscal debe suplir "sobrevenidos comportamientos abstencionistas de las víctimas que pudieran presentarse por variadas circunstancias de índole cultural, económica y social, que, aun explicables en el orden

---

[1000] Alude a este argumento, entre otras, FUENTES SORIANO, O., «La iniciación cuasipública…» cit., p. 6: "la denuncia previa en estos delitos supone ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales en relación con los cuales la paz social se ve igualmente amenazada y para cuya protección basta tan sólo con la persecución de oficio, al margen de cuál sea la voluntad de la víctima al respecto".

[1001] En este sentido, ALMODÓVAR PUIG ha señalado que "no nos encontramos ante delitos menores como lo pueden ser los daños imprudentes o incluso delitos leves, o ante otros especialmente disponibles también con escasa trascendencia jurídico-criminal como las injurias y calumnias, en los que el ofendido tiene en cualquier caso la opción de resarcirse en la vía civil, sino ante unas agresiones cuya gravedad lo acreditan las penas de prisión…" (ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 338). De la misma opinión es GARCÍA RIVAS, que ha señalado que la perseguibilidad a instancia de la víctima "es aceptable cuando se trata de delitos leves –las antiguas faltas– porque la ausencia de lesividad objetiva del hecho puede contraindicar una intervención desproporcionada del estado y quizá es mejor dejar al ciudadano la iniciativa sobre su persecución. Pero a partir de esa zona de escasa lesividad objetiva, la delegación del estado en el ciudadano es mucho más discutible" (GARCÍA RIVAS, N., «Signos de privatización…» cit., pp. 406-407).

[1002] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 193.

[1003] De esta opinión: GONZÁLEZ RUS, J. J., *La violación…* cit., p. 458, 720; SÁINZ CANTERO, J. A., «La reforma del Derecho penal sexual», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 31, 1978, p. 257; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad…» cit., p. 218.

[1004] En este sentido, *vid*. ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 334.

humano, no han de ser atendibles jurídicamente"[1005]. Sin embargo, como ya se indicó, en muchas ocasiones la falta de declaración de la víctima supone un problema de prueba, por lo que los tribunales con frecuencia se ven obligados a dictar un sobreseimiento provisional si se anticipa que no va a ser posible condenar por la falta de testimonio de la víctima. Como apunta LARRAURI, en la práctica el sistema de persecución público y el de persecución previa denuncia tienden a contagiarse, debido a que, aunque la violencia de género contra la mujer-pareja se persiga de oficio, no suele investigarse si la mujer manifiesta su voluntad de no denunciar[1006].

Frente al argumento de la gravedad, se ha opuesto que mediante la exigencia de denuncia se permite a la víctima valorar la entidad de la ofensa proferida a su bien jurídico. En otras palabras, la denuncia actuaría a modo de "instrumento de selección respecto a las conductas que superan un cierto grado de gravedad"[1007]. Como también se señaló en el Capítulo II, este argumento se emplea para fundamentar la condición de procedibilidad en otros delitos perseguibles a instancia de la víctima, como los delitos contra la intimidad (art. 201 CP) o los delitos de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (art. 161.2 CP), ya que suele afirmarse que la perseguibilidad demuestra la absoluta disponibilidad del bien jurídico, por lo que el consentimiento de la víctima determina en todo momento la tipicidad o atipicidad de la conducta, que se expresa a través de la decisión de la parte ofendida sobre la interposición de una denuncia. Asimismo, la doctrina ha apuntado que en los tipos penales que regulan formas de acoso (como el acoso callejero del art. 173.4 CP) la exigencia de denuncia puede servir para determinar que concurren los elementos típicos, pues se trata de delitos de resultado con un alto grado de subjetivación que difícilmente pueden apreciarse de oficio si la víctima no expresa cómo se siente. De este modo, se evita la criminalización de conductas de

[1005] Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, p. 2.

[1006] LARRAURI, E., «¿Se debe proteger…» cit., p. 167: "Nuestro sistema da la siguiente respuesta contradictoria. Por un lado, no admite que la mujer retire la denuncia, pues esto, se dice, supondría privatizar el conflicto y podría conllevar represalias mayores para la mujer. Pero, por otro lado, se procede a la absolución por falta de pruebas. Absolución de la cual además se culpabiliza a la mujer, pues se la presenta como la responsable, con su negativa a testificar, de esta absolución. Esta culpabilización minimiza el papel que otras instituciones (como la policía y fiscalía) pueden y deben realizar en la recogida de pruebas, preparación del juicio y presentación y mantenimiento de la acusación".

[1007] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 193. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Exhibicionismo, pornografía…* cit., pp. 545 y ss.; ALMODÓVAR PUIG, B., *¿Derecho penal "privado?...* cit., pp. 143 y ss.

escasa gravedad. En este orden de ideas, en los delitos sexuales hay quienes equiparan la decisión de la víctima de denunciar con el consentimiento sexual. Así, por ejemplo, GIUNTA estima que "la *querela* presenta un evidente paralelismo con el consentimiento de la víctima, pues refleja en el plano procesal la disponibilidad del bien que el ordenamiento jurídico confiere a su titular. En otras palabras: así como antes del perjuicio el sujeto pasivo puede renunciar a la protección del bien, una vez cometida la infracción, puede decidir sobre la persecución del hecho"[1008].

No obstante, a mi juicio, este tipo de fundamentaciones deberían descartarse, pues como ya hemos indicado, son múltiples los motivos por los que una víctima puede decidir no denunciar (por ejemplo, evitar mayores repercusiones psicológicas o no enfrentarse a la violencia institucional). Por tanto, no debe percibirse la decisión de no instar la acción como un indicador de la mayor o menor entidad del hecho. En definitiva, que la víctima no quiera acudir al proceso penal en ningún caso debe interpretarse como que el delito no haya sido grave o como que haya existido consentimiento[1009]. Además de ello, como se ha explicado *supra* (apartado III.2), no existe necesariamente una continuidad entre el objeto de protección del delito y el objeto de protección de la perseguibilidad.

VI. LOS FEMINISMOS FRENTE A LA PERSECUCIÓN PÚBLICA DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Un último argumento que se debe tener en cuenta en el debate sobre la perseguibilidad es aquel que hace referencia a un factor sociológico. Tras la reforma de 1989, algunas voces reivindicaron que los delitos sexuales debían ser totalmente públicos, ya que esto se observaba como un paso necesario para alcanzar la igualdad entre mujeres

[1008] GIUNTA, F., *Interessi privati…* cit., pp. 178-179. No obstante, esta no es la postura mayoritaria en la doctrina italiana. Como expone PECORELLA, en el sistema penal italiano suele acudirse al argumento de la gravedad para justificar la perseguibilidad a instancia de parte, pero en los delitos sexuales se recurre al argumento del *strepitus fori* (PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad…» cit., p. 173-174).

[1009] Sobre la cuestión del consentimiento, *vid*., ampliamente, ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal*… cit., pp. 450 y ss.; VARONA GÓMEZ, D., LARRAURI, E., «Una agenda criminológica para el estudio de los delitos sexuales en España», *Boletín Criminológico*, vol. 30, n.º Extra 244, 2024, pp. 22 y ss.

y hombres[1010]. Según esta postura, la exigencia de denuncia generaba en el imaginario social la idea de que estos problemas debían resolverse en la intimidad[1011], mientras que convertir estos delitos en perseguibles de oficio transmitiría a la sociedad el mensaje de que nos encontramos ante graves delitos que en todo caso serán investigados, igualando así la protección de la libertad sexual con la otorgada a otros bienes jurídicos relevantes (como la vida, la integridad física, la libertad, etc.). De esta manera, el Código Penal se alejaría definitivamente de las concepciones sociales patriarcales que mostraban la violación como un atentado contra la honestidad.

La discusión ha recobrado actualidad en los últimos años debido a que, como tuvimos ocasión de analizar en el Capítulo I, la normativa internacional impone a los Estados la obligación de perseguir todos los actos de violencia contra la mujer y ha establecido que la iniciación del proceso penal no debe depender de la denuncia de la víctima. En esta línea, la Relatora de Violencia contra la Mujer de la ONU ha aludido expresamente al mencionado factor sociológico, afirmando que la exigencia de una iniciativa por parte de la víctima transmite "el mensaje equivocado que lleva a pensar que las violaciones y la violencia sexual son un asunto privado y no público"[1012]. Asimismo, en España, desde determinados grupos de mujeres juristas[1013], se ha lamentado que la reforma de los delitos sexuales de 2022 no haya sido aprovechada para derogar el artículo

---

[1010] *Vid.* referencias doctrinales *supra* (apartado III.1).

[1011] Como ya se dijo, esta fue la postura que mantuvo la Coordinadora de Organizaciones Feministas en 1989. *Vid.* URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 122.

[1012] Como vimos en el Capítulo I (IV.1), en su informe de 2021 sobre la violación ha recomendado a los Estados que este delito se persiga de oficio. En concreto, esta afirmación sobre el factor sociológico la realizó en relación con la regulación argentina que exige que la víctima de un delito contra la integridad sexual inste la acción penal (V.4).

[1013] *Vid.* THEMIS, *Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2020, pp. 18 y ss. Disponible en: https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-penal. Puede consultarse también: THEMIS (19 de octubre de 2022), *Reformas operadas por la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual* [Archivo de vídeo], Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=dI_flNgStoI&t=4617s (fecha de última consulta: 29.3.2025). En estas jornadas, la magistrada GAVILÁN RUBIO, afirmó lo siguiente: "Echo de menos algo que me parece fundamental y que no ha solventado esta ley: que no se haya recogido que es un delito de carácter público, que se establezca al igual que un robo, que no sea necesaria denuncia de la parte agraviada, o de su representante legal o del Ministerio Fiscal. La violencia sexual es un problema de primer orden para toda la sociedad y como tal tiene que darse esta categoría y como tal tiene que ser un delito público. No estamos hablando de un delito privado. Tampoco debiera ser semipúblico y que tengamos que hacer protocolos para dignificar a las víctimas es consecuencia de que no se contenga un delito público y que tengamos que andar diciendo por protocolos si la denuncia se puede presentar aquí o allí o de esta forma o de esta otra. Hemos perdido una oportunidad de oro: la violencia sexual debiera ser un delito de carácter público".

191 y convertir estos delitos en totalmente públicos, ya que la LOGILS establece que las violencias sexuales no son un problema individual, sino social.

Así las cosas, podría inferirse que reformar la perseguibilidad supondría incorporar la perspectiva de género y que la condición de procedibilidad que prevé en la actualidad nuestro Código Penal es simplemente una herencia patriarcal del Derecho penal decimonónico[1014]. Sin embargo, dentro del movimiento feminista existen diferentes posicionamientos sobre a la intervención del aparato punitivo estatal, por lo que resultaría erróneo afirmar que, en todo caso, un enfoque de género demandará una intervención de oficio. Como afirma LARRAURI, es necesario rebatir la imagen de las feministas como un grupo "homogéneamente punitivo", ya que "al margen de este estilo de feminismo punitivo existen numerosos colectivos feministas de base […] los cuales tienen una actitud profundamente ambivalente respecto de la intervención penal y son conscientes de los riesgos y costes de recurrir al sistema penal"[1015].

Por tanto, para aproximarnos adecuadamente a esta cuestión, primero debemos observar que existen múltiples feminismos, por lo que, como apunta VAN SWAANINGEN, no es posible hablar de "feminismo" como una única perspectiva dentro de la Criminología, sino de "Criminologías feministas"[1016]. Por ello, se hace necesario analizar, por un lado, de dónde surgen las voces que defienden la persecución pública y, por otro, aproximarnos a aquellos feminismos que proponen soluciones alternativas y que no consideran que una reforma de la perseguibilidad sea lo más conveniente (ni para la protección de las víctimas ni para la consecución de los fines feministas).

[1014] *Vid.* VINAGRE GONZÁLEZ, M. A., «Revictimización…» cit., p. 322.

[1015] LARRAURI, E., «La intervención penal para resolver un problema social», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, n.º 12, 2011, pp. 26 y ss. En el mismo sentido, FRANCÉS LECUMBERRI, P., «A la búsqueda de alternativas…» cit., pp. 66 y ss.; GASTIAZORO, M. E., SGRÓ RUATA, C., «Justicia en clave feminista y comunitaria: des(bordes) frente a las institucionalidades patriarcales», *PURIQ*, vol. 3, n.º 4, 2021, pp. 781 y ss.; ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., pp. 55 y ss.

[1016] VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal. ¿Hacia una política de abolicionismo o garantía penal?», en: RODENAS, A., ANDRÉS FONT, E., SAGARDUY, R. (Dirs.), *Criminología crítica y control social: el poder punitivo del Estado*, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2000, p 125. Como indica SAYAK VALENCIA, "el feminismo no es uno, sino que en su composición puede ser comparado con una gota de mercurio que estalla y se pluraliza, pero que guarda dentro de sí una composición que le permite multiplicarse, separarse y volver a unirse por medio de alianzas" (cita recogida en VARELA, N., *Feminismo 4.0: La cuarta ola*, Ediciones B, Barcelona, 2019, p. 34).

1. Las *sex wars* y la división del movimiento feminista

El feminismo como movimiento político surgió en Europa a finales del siglo XVIII como consecuencia de la Ilustración[1017]. Si bien ya se había planteado como idea anteriormente[1018], con la Revolución Francesa es la primera vez que las mujeres se comenzaron a movilizar para exigir derechos, pues observaron que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano las excluía completamente[1019]. Consideraban que este privilegio masculino era fruto de una construcción social, cuestionando que las diferencias entre hombres y mujeres se debiesen a algo "natural"[1020]. Esta es una cuestión central en el tema que nos ocupa, pues la violencia cometida por motivos de género siempre se ha percibido como un fruto de la "natural" posición de inferioridad de la mujer[1021]. Como es sabido, los varones adultos tenían total libertad de actuar y garantizar el orden familiar y, como afirma MAQUEDA ABREU, el hecho de que estos patrones culturales se observasen como "naturales" era lo que provocaba que la violencia permaneciera en la privacidad –"como un secreto, como un tabú que no debe salir del ámbito doméstico y que el propio grupo debe resolver sin la intervención de terceros ajenos al conflicto"–, constituyendo este prejuicio cultural uno de los mayores obstáculos para la persecución penal[1022].

[1017] Suele afirmarse que es "el hijo no deseado de la ilustración". *Vid.* VALCÁRCEL, A., «Las filosofías políticas en presencia del feminismo», en: AMORÓS PUENTE, C. (Dir.), *Feminismo y filosofía*, Síntesis, Madrid, 2000, p. 116.

[1018] *Vid.* VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 19; MESTRE I MESTRE, R. M., *Feminisme, dret i inmigració: una crítica feminista al dret d'estrangeria*, Servei de Publicacions Universitat de València, Valencia, 2005, p. 20.

[1019] Como afirma VARELA, "por primera vez en la historia aparece el principio de igualdad y las mujeres muestran su estupor al ver como las nuevas ideas y los grandes principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad se reducían a los hombres excluyendo a todas las mujeres sin excepción" (VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 27). En este sentido, BERGALLI y BODELÓN señalan que "con el Iluminismo el ciudadano llega a serlo a partir de la atribución de derechos políticos, derechos que le son sustraídos a la mujer y es en ese momento histórico cuando se elabora una nueva exclusión, diferente a las anteriores, atribuyendo al género femenino un conjunto de caracteres, los cuales imposibilitan asimilarlo al ciudadano, al sujeto al que le serán asignados los derechos" (BERGALLI, R., BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992, p. 46).

[1020] Como indica BOURDIEU, "la división entre los sexos parece estar, "en el orden de las cosas", como se dice a veces para referirse a lo que es normal y natural, hasta el punto de ser inevitable" (BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 21).

[1021] *Vid.*, ampliamente, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales…», cit., pp. 49 y ss.

[1022] MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, n.º 21, 2006, p. 6.

La división entre lo público y lo privado proviene precisamente de la caída del Antiguo Régimen, pues con el surgimiento de la familia burguesa se creó "la ideología – y la realidad de las esferas separadas", destinando a los hombres para lo público y a las mujeres para lo doméstico[1023]. Como afirman BERGALLI y BODELÓN, "en la sociedad de clases se legitiman y consolidan las desigualdades sociales conceptualizándolas como si estuvieran basadas en diferencias naturales inmutables […]. La exclusión de las mujeres del mundo público se convierte en un elemento fundamental"[1024]. En este contexto, el sexo se consagró "como un acto privado, como la máxima expresión del yo y de la individualidad frente al mundo descarnado de la civilización y la industria moderna"[1025]. Sin embargo, las mujeres quedaron privadas de este derecho a la sexualidad, pues se entendía que el sexo para ellas únicamente debía tener fines reproductivos[1026]. Se establece así también la separación entre producción (llevada a cabo por los hombres en la fábrica) y reproducción (encomendada a las mujeres en el hogar)[1027].

La total exclusión de las mujeres del espacio público provocó que las *feministas liberales* de la tercera ola reivindicaran ocupar ese lugar[1028]. En este sentido, FRIEDAN

[1023] OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural», en: DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, p. 213. Desde el feminismo viene denunciándose esta ideología de las esferas separadas y se ha señalado que "lo doméstico" no debería equipararse a "lo privado", pues "aquellos o aquellas que disfruten de algún tiempo privado tienen resuelta la infraestructura doméstica, de lo contrario su tiempo estará sujeto a restricciones". *Vid.* MURILLO, S., *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1996. pp. 20 y ss.

[1024] BERGALLI, R., BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres…», cit., p. 46.

[1025] OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 214.

[1026] Esta concepción de la sexualidad era tal que la violación dentro del matrimonio se concebía, recordemos, como un derecho del marido y una obligación conyugal de la mujer (*vid.* Capítulo III). Como afirma ASÚA BATARRITA, "la dignidad de la mujer quedaba cifrada en su sometimiento a las reglas que delimitaban su presencia social y su desarrollo personal a la esfera de esposa y madre a través del matrimonio. Fuera de este orden únicamente cabía tomar estado en la reclusión conventual. Las demás situaciones eran irregulares y peligrosas para su "sexo", en el sentido estricto de peligro de ejercer la sexualidad fuera del ámbito de la subordinación del marido" (ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., p. 51).

[1027] La división sexual del trabajo fue denunciada por las feministas socialistas. Sobre este feminismo puede consultarse, entre otras, MOLINA PETIT, C., «El feminismo estadounidense desde la "Nueva Izquierda": las teorías del sistema dual (capitalismo + patriarcado)», en: DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 152 y ss.; *Vid.* también, sobre esta cuestión, BERGALLI, R., BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres…», pp. 48 y ss.

[1028] La *primera ola* la conforman las feministas de la Ilustración y la *segunda ola* las feministas sufragistas y las mujeres que lucharon para ser incluidas en el proyecto ilustrado a finales del siglo XIX y principios

denunció en su obra *La mística de la feminidad* (1963) la domesticidad obligatoria que era impuesta a millones de mujeres[1029]. La "mística de la feminidad" es una expresión que hace referencia a una concepción esencialista de la feminidad, que concibe a las mujeres, por naturaleza, como pasivas sexualmente, sometidas al hombre y cuya única aspiración es la maternidad[1030]. El feminismo liberal entendía que la subordinación del género femenino era el producto de una serie de impedimentos legales y consuetudinarios que impedían la entrada de las mujeres en la esfera social, por lo que consideraba que mediante una reforma legal podría resolverse el problema de la desigualdad.

Al mismo tiempo, creció otro feminismo que criticó al feminismo liberal por entender que no era suficiente con un reconocimiento formal de derechos, sino que se requerían cambios materiales profundos en el modo de concebir la familia, el trabajo y la sexualidad[1031]. En 1969, Kate Millet publica *Política Sexual*, una obra que sentará las bases del *feminismo radical*[1032]. Para este sector del movimiento, es necesario centrarse en las relaciones de poder que subyacen en la familia y en las relaciones sexoafectivas. Bajo el lema "lo personal es político"[1033] señalaron que estas áreas, que tradicionalmente se habían considerado "privadas", eran los principales centros de dominación patriarcal[1034]. Como explica VARELA, el patriarcado es definido por las feministas de corte radical como "un sistema de dominación sexual que es, además, el sistema básico

---

del XX. *Vid.* VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 29; MESTRE I MESTRE, R. M*., Feminisme, dret i inmigració…* cit., p. 21.

[1029] *Vid.* FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2019, pp. 51 y ss.

[1030] *Vid*., ampliamente, JIMÉNEZ PERONA, A., «El feminismo liberal estadounidense de posguerra: Betty Friedan y la refundación del feminismo liberal», en: DE MIGUEL, A., y AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 13 y ss.

[1031] *Vid.* JIMÉNEZ PERONA, A., «El feminismo liberal… cit., p. 25.

[1032] *Vid*. MILLET, K*., Política sexual*, Cátedra, Madrid, 2010, pp. 35 y ss.

[1033] *Vid.* PULEO GARCÍA, A. H., «Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical», en: DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 35 y ss.

[1034] Como señalan AMORÓS y DE MIGUEL, "dirigir la luz hacia la esfera privada […] ha llevado a la esfera pública el análisis de relaciones tan supuestamente privadas como la sexualidad, la heterosexualidad, la maternidad, y el amor. Asimismo, frente al "hogar dulce hogar", se descubrirá "la cara oculta de la familia": la familia como el ámbito de la alienación, cuando no de los malos tratos y el abuso sexual" (DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C., «Introducción: de la teoría feminista y movimientos feministas», en: DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 1, Minerva España, Madrid, 2019, p. 78). *Vid.*, en el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, p. 4.

de dominación sobre el que se levanta el resto, como los de clase y raza"[1035]. En definitiva, este feminismo se diferenciará de los demás por su interés por la sexualidad, pero, como refiere OSBORNE, "no la sexualidad a secas, sino una forma muy determinada de entenderla como el instrumento patriarcal esencial para dominar a las mujeres"[1036].

Lo anterior tiene repercusiones directas sobre nuestro objeto de estudio ya que, desde esta óptica, no puede existir libertad sexual para las mujeres[1037]. En efecto, si las mujeres siempre se encuentran sometidas a los hombres, su capacidad de agencia quedará constantemente cuestionada y valores como la libertad, el consentimiento y la elección serán "vistos como sospechosos en lo que a las mujeres concierne"[1038]. Como consecuencia, resultará difícil distinguir los ataques sexuales de las prácticas sexuales consentidas, pues la heterosexualidad se percibirá, en sí misma, como una práctica sexual violenta y denigrante para las mujeres[1039]. La violación será simplemente la punta del iceberg de la dominación patriarcal, la expresión más grave de la masculinidad agresiva y violenta[1040].

Este feminismo llegó a su máximo esplendor con el *feminismo cultural*[1041], tendencia que comenzó a finales de los años setenta y que se impulsó a mediados de los ochenta por el movimiento feminista contra la pornografía. Las principales impulsoras de este movimiento fueron Andrea Dworkin y Catherine MacKinnon. Estas autoras

---

[1035] VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 30.

[1036] OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 215.

[1037] Como afirma OSBORNE, la misma se convierte "en una aberración, en un sinónimo de abuso" (*Ibidem*, p. 218).

[1038] *Ibidem*, p. 215.

[1039] URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas procelosas», en: SERRA SÁNCHEZ, C., GARAIZÁBAL ELIZALDE, C., MACAYA ANDRÉS, L. (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 35-36; SERRA, C., *El sentido…* cit., pp. 21 y ss.

[1040] Como afirma GARCÍA ALBERO, será "la parte más visible de la violencia simbólica de la superestructura" (GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., p. 457). Puede observarse esta idea en "Violadas y ofendidas" de M. Oliván: "Los hombres, en esta sociedad, son educados en la agresividad, el dominio y el sentimiento de posesión de las mujeres. Y son educados –también ellos y no sólo las mujeres– en que nosotras somos seres sumisos, pasivos y probablemente también masoquistas. La violación, el ataque sexual contra la mujer es el grado más alto, más descarnado resultante de toda esta ideología. Es en sí, en cierto modo, una anomalía, una excepción, pero una excepción no contraria a la regla, a la norma, sino producto de ella" (citado en URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., pp. 120-121).

[1041] Este concepto fue acuñado por Alice Echols en 1983. *Vid.* ECHOLS, A., «The New Feminism of Yin and Yang», en: SNITOW, A., STANSELL, C., THOMPSON, S. (Coords.), *Powers of desire. The Politics of Sexuality*, Monthly Review Press, Nueva York, 1983, pp. 59 y ss.

compartían con el feminismo radical la idea de que la sexualidad femenina siempre se encuentra atravesada por la dominación patriarcal, pero fueron un paso más allá: sus ideas eran mucho más identitarias. Para el feminismo cultural, la sexualidad masculina será intrínsecamente agresiva y violenta, mientras que la femenina será suave y pasiva[1042]. Podemos afirmar, por tanto, que el feminismo cultural supone un giro esencialista con respecto al feminismo radical, pues mientras que este último entendía que lo masculino y lo femenino eran conceptos construidos socialmente, el feminismo cultural defiende y exalta los valores femeninos (dulzura, ternura y dedicación a los demás) olvidando que estos también son consecuencia del patriarcado[1043]. Del mismo modo, conciben la masculinidad como algo inmutable y a los hombres como el enemigo "por el hecho de ser hombres, más que por el poder que un sistema patriarcal les ofrece"[1044]. Como acertadamente apunta OSBORNE, este feminismo rechaza la mirada biologicista pero cuando llega al terreno de la sexualidad hace una excepción. Así, por ejemplo, para DWORKIN el poder masculino "tiene su origen auténticamente en el pene", por lo que todas las mujeres son víctimas potenciales en una "sociedad violadora"[1045].

En la actualidad esta corriente feminista se ha fortalecido[1046] y es en la que se basa la normativa internacional en materia de violencia contra la mujer. En este sentido, SERRA ha advertido que "la influencia cultural, política y jurídica del feminismo de la dominación ha sido de muy largo alcance, MacKinnon ha desarrollado definiciones de violación incorporadas en el derecho internacional, su feminismo ha sido

---

[1042] Según este razonamiento, las mujeres buscan en el sexo la reciprocidad y la intimidad, mientras que los hombres sólo pretenden el dominio y la violencia. *Vid.* URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 77.

[1043] Vid. OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 217.

[1044] ECHOLS, A., «The New Feminism… cit., p. 441. Sobre las lógicas identitarias y esencialistas en el feminismo actual, *vid.* SERRA SÁNCHEZ, C., «Más allá de nosotras mismas», en: SERRA SÁNCHEZ, C., GARAIZÁBAL ELIZALDE, C., MACAYA ANDRÉS, L. (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 42 y ss.

[1045] Citada en OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 221. Como refiere LACEY, "una parte de la literatura feminista radical tuvo por efecto reproducir y, por tanto, confirmar los mismos estereotipos de masculinidad activa y agresiva y de feminidad pasiva y victimizada que el feminismo pretende desbaratar. […] Una imagen de un mundo de atletas sexuales masculinos patológicos e incontrolados, armados con un arma –el pene, ¿o era el falo? – que ahora se nos decía que les daba no sólo el poder físico, sino también el poder de controlar el lenguaje y el significado" (LACEY, N., *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 100).

[1046] Así lo apunta URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., 36.

hegemónico"[1047]. Esto es debido a que este sector del movimiento se ha centrado especialmente en denunciar la violencia sexual y en reclamar una mayor actividad del *ius puniendi*[1048], ya que, si el sexo se concibe como un escenario siempre peligroso para las mujeres, esto se traduce en "demandar un fuerte papel protector del Estado y poner en marcha políticas prohibicionistas y punitivas"[1049].

No obstante, en España, este no es el único feminismo que forjó una "intensa alianza" con los poderes del estado[1050]. Junto con los feminismos de corte radical/cultural, en nuestro país tuvo también una gran influencia el *feminismo de la igualdad* (también denominado *feminismo ilustrado*) que, si bien aceptaba la existencia de características específicas de la masculinidad y la feminidad, atribuía estas diferencias a la cultura y no caía en esencialismos[1051]. Este feminismo defendió la emancipación de las mujeres a través de la igualdad de derechos y consideró que para ello era necesario actuar a través de las instituciones[1052], por lo que entendía que se requería una doble militancia, en el movimiento feminista pero también en los partidos políticos mixtos[1053]. Por el contrario, las feministas radicales defendían que las mujeres eran "un grupo social homogéneo que

[1047] SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 40.

[1048] Como afirma GARCÍA ALBERO, "esta preocupación central por las relaciones de sometimiento de la mujer al poder masculino otorgará una enorme relevancia a las cuestiones de violencia doméstica y violencia sexual, acoso sexual, prostitución, pornografía…" (GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., p. 457). *Vid.*, en el mismo sentido, PULEO GARCÍA, A. H., «Lo personal es político… cit., pp. 44 y ss.

[1049] SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 33-34. Como refiere PITCH, cuando "los actores se presentan y devienen aceptados sujetos débiles […], el Estado está obligado a tutelar ampliando su esfera de intervención en su defensa. Esto deja espacio para la legitimación de demandas que articulan más la exigencia de protección que la de autodeterminación" (PITCH, T., «¿Mejor los jinetes que los caballos? El uso potencial simbólico de la justicia penal por parte de los actores en conflicto», en: PITCH, T., *Responsabilidades limitadas: actores, conflictos y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 137 y ss.)

[1050] Esta expresión es empleada por MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal…» cit., p. 4.

[1051] URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 81.

[1052] VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 52 y ss.

[1053] URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., p. 37: "Muchas feministas de la igualdad "se fueron integrando en las instituciones (institutos de la mujer, ministerios de igualdad…) y el PSOE impulsó numerosas organizaciones feministas de mujeres". En el mismo sentido, MESTRE I MESTRE, R. M., *Feminisme, dret i inmigració…* cit., p. 26; BODELÓN, E., «Igualtat i dièrencia en les teories jurídiques feministes», en BODELÓN, E., GIMÉNEZ, P. (Coords.), *Constuint el dret de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Diputació de Barcelona, 2008, pp. 105 y ss.

debe organizarse autónomamente" y, por tanto, se crearon colectivos feministas no mixtos con este fin[1054].

Las Jornadas Feministas de Granada de 1979 supusieron la separación definitiva del feminismo español: las feministas de la igualdad defendían que la lucha feminista era inseparable de la lucha de clases[1055], mientras que, para las radicales, el patriarcado era el principal eje de dominación, por encima de los demás. No obstante, lo realmente relevante de estas jornadas es que introdujeron al *feminismo de la diferencia*, impulsado por el Grupo Amazonas de Barcelona de Gretel Amman[1056]. Este feminismo surgió del feminismo cultural estadounidense que hemos expuesto *supra* (aquel que consideraba que la heterosexualidad era esencialmente violenta y proponía una contracultura basada en los valores femeninos)[1057]. Estas feministas harán hincapié en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres y, como afirma VARELA, reivindicarán la reapropiación del cuerpo, la maternidad, la menstruación, el linaje femenino, la relación con la madre, el logro de un lenguaje propio, etc.[1058].

Pues bien, aunque el feminismo de la igualdad es el que se institucionalizó, este no es el único que en España ha promovido políticas securitarias y punitivas. Como expone FRANCÉS, dentro del "feminismo carcelario" confluyen el feminismo de la igualdad y la mayor parte de las propuestas de la diferencia[1059]. Aunque puedan tener

---

[1054] "Dentro de esta corriente podemos situar al Seminario Colectivo Feminista en Madrid, del que se escinde al año siguiente el Colectivo Feminista de Madrid; el Colectivo Feminista en Barcelona y varios colectivos feministas que surgen en diversas localidades y que se coordinan entre sí. LA MAR es también una escisión del Colectivo Feminista de Barcelona y uno de los grupos que promovían la práctica de la autoconciencia. Finalmente, el Partido Feminista, fundado por Lidia Falcón después de su expulsión del Colectivo Feminista de Barcelona, en abril de 1977" (URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 14). Sobre este periodo de la historia del feminismo en España puede consultarse también PARDO, R., «El feminismo en España. Breve resumen, 1953-1985», en: FOLGUERA, P. (Coord.), *El feminismo en España: dos siglos de historia*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2022, pp. 207 y ss.

[1055] Por ello a las feministas de la igualdad en España se las denomina también "feministas socialistas" (MESTRE I MESTRE, R. M., *Feminisme, dret i inmigració…* cit., p. 25-26).

[1056] *Ibidem.*

[1057] VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 51: "De las críticas a la cultura patriarcal de las radicales norteamericanas nacería el feminismo cultural que, cuando se importó a Europa y fue traducido y asimilado, se convirtió en el feminismo de la diferencia". Como afirma VARELA, este feminismo entiende que "si la cultura ha sido de creación masculina, la mejor alternativa para las feministas de la diferencia era crear una cultura basada en la profundización de una subjetividad femenina basada en la diferencia sexual" (VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., pp. 52-53).

[1058] *Ibidem*, p. 53.

[1059] FRANCÉS LECUMBERRI, P., «A la búsqueda de alternativas…», cit., p. 66. Este feminismo también suele denominarse "feminismo punitivo". Así lo etiqueta PITCH y lo define como "las movilizaciones que, apelando al feminismo y a la defensa de las mujeres, se vuelven protagonistas de pedidos de criminalización

concepciones distintas sobre el origen de las desigualdades de género, ambos feminismos confluyen en la idea de que la mejor solución para luchar contra la violencia machista es acudir al Derecho penal.

Si bien este es el feminismo más visible, existe, por otro lado, un feminismo –quizás menos conocido– que defiende un discurso alternativo y que desconfía del sistema penal por considerar que responde a la misma estructura patriarcal que perpetúa la violencia contra las mujeres[1060]. En las jornadas de 1979 ya se evidenció que algunas feministas no estaban de acuerdo con la legitimación de los poderes del Estado y advirtieron de los riesgos que acarreaba considerar el sexo como un espacio de peligro en lugar de percibirlo como una fuente de placer[1061]. Esta es la misma cuestión que en Estados Unidos dio lugar a las *Sex wars* y a la división del movimiento feminista: algunas voces, como la de Judith Butler, consideraron que el discurso del peligro sexual que estaba promoviendo el feminismo cultural era un "error trágico", pues relegaba eternamente a las mujeres a la condición de víctimas[1062].

Dentro de este sector del movimiento encontramos, por un lado, los feminismos garantistas (o minimalistas) y, por otro, los feminismos abolicionistas de la cuestión penal (o antipunitivistas). Mientras que el primero confía en la transformación del sistema ya existente, incorporando la perspectiva de género, el segundo considera que este cambio es imposible y que las lógicas de castigo siempre serán patriarcales, por lo que busca

(introducción de nuevos delitos en el ordenamiento jurídico) y/o de aumento de las penas por los delitos ya existentes" (PITCH, T., «Feminismo punitivo», en: DAICH, D., VARELA, C. (Coords.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Editorial Bilbos, Buenos Aires, 2020, p. 23).

[1060] URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., 25-36: "Como garantía de nuestra libertad, exigíamos la condena de la violencia sexual y los cambios correspondientes en el Código Penal vigente: no más delitos contra la honestidad, sino delitos de agresión sexual con su correspondiente castigo penal. No pedíamos más cárcel ni mayores castigos; habíamos sufrido un régimen represor y nos habíamos impregnado de una cultura antirrepresiva y un tanto libertaria (¡Habíamos leído a Foucault!)". También hacen referencia al carácter inicialmente pacifista y antiautoritario del feminismo JERICÓ OJER, L., «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal», en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), y PARRILLA VERGARA, J. (Coord), *Mujer y Derecho Penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 302 y ss.; PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., p. 129; MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: entre el concepto…» cit., p. 12.

[1061] SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 35; URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 115 y ss.

[1062] SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 32. En el mismo sentido, VAN SWAANINGEN apunta que este feminismo "no se dirige a la consecución de derechos de iguales, sino a la consecución de derechos especiales para las mujeres […] Derechos especiales por lo que se refieren al derecho penal conducen a una posición victimista" (VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 126). En el apartado siguiente abordaremos esta cuestión.

métodos alternativos de resolución de conflictos, centrados en la comunidad[1063]. Según FRANCÉS, podría afirmarse, aunque con muchos matices, que los feminismos críticos con el sistema penal provienen de algunos sectores del feminismo de la diferencia y feminismos de la tercera ola, desde las teorías de la interseccionalidad o del feminismo posmoderno[1064]. En el apartado siguiente se verá en qué consisten estos feminismos y cuáles son sus principales propuestas.

2. La función simbólica del Derecho penal

Los feminismos que acuden al Derecho penal pretenden hacer uso de su innegable función simbólica[1065]. No buscan un mayor castigo ni confían en la eficacia de la prisión para acabar con la violencia machista, pero son conscientes del potencial que tiene el sistema penal para transmitir valores sociales. Las feministas que durante la transición democrática reclamaron que los delitos sexuales se convirtieran en delitos públicos, sabían que el Código penal no era "la varita mágica" que diese fin a la violencia sexual, pero estaban convencidas de que la persecución penal de estas conductas "ayuda a extender su rechazo y su condena social" y "posibilita también la desculpabilización de las mujeres que han sido víctimas de ellos"[1066]. En efecto, como apunta PITCH, el procedimiento de oficio no solo quiere "significar la gravedad de la ofensa y subrayar su naturaleza de ofensa para la comunidad, sino también significar la inocencia de la

[1063] *Vid.* LARRAURI, E., «Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 50, 1997, pp. 133 y ss.; GASTIAZORO, M. E., SGRÓ RUATA, C., «Justicia en clave feminista y comunitaria…» cit., pp. 785 y ss.

[1064] FRANCÉS LECUMBERRI, P., «A la búsqueda de alternativas…» cit., p. 66.

[1065] Sobre el Derecho penal simbólico pueden consultarse, entre otras: MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del derecho penal en la nueva "Edad Media"*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015, pp. 120 y ss.; ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos…», cit., pp. 451 y ss.

[1066] URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 123-124: "el objetivo era que las agresiones sexuales se considerasen delito público, que sufriesen el rechazo y la condena social, pero no se perseguía venganza ni revancha, y cuando en las manifestaciones se gritaba "¡Contra violación, castración!", era un grito de protesta, de indignación, pero no se le pasaba a nadie por la imaginación proponer que la castración se llevase a cabo. Era la misma postura que se mantenía en las manifestaciones obreras cuando se gritaba "¡Obrero despedido, patrón colgado!" y que en modo alguno suponía establecer la pena de muerte para los patronos. Poco hacía suponer que, años después, se pudiese plantear la castración como solución a las agresiones sexuales".

víctima"[1067], lo cual constituye "un verdadero gesto político hacia una cultura que juzga a la mujer responsable por su propia violación"[1068].

Además de ello, se afirmaba que, aunque el castigo no tuviese un efecto disuasorio, servía para "acabar con la tranquilidad de conciencia con que actúan los agresores"[1069]. Este mismo argumento ha sido empleado más recientemente entre las autoras que reivindican la persecución de oficio de los delitos sexuales. Así, por ejemplo, PECORELLA considera que esta reforma supondría "una transformación cultural a largo plazo, permitiendo a las mujeres no seguir experimentando obstáculos e inhibiciones a la hora de denunciar la violencia sufrida […], haciendo saber a los hombres que dicha violencia no quedará impune"[1070].

Como señala LLORIA, la tentación de acudir al sistema penal por su potencial simbólico no es nada nuevo en materia de violencia contra las mujeres[1071]. De hecho, con frecuencia se recurre al aparato coercitivo estatal para que se reconozca públicamente la importancia de los problemas que sufre el género femenino ya que, como señalan BERGALLI Y BODELÓN, "determinados temas morales se convierten en públicos cuando se sirven de un trasfondo iuspenalístico… las mujeres que invocan la función simbólica del Derecho penal son criticadas, pero son tomadas en serio"[1072]. En efecto, resulta difícil para las feministas sustraerse a ese "deseo panpenalista"[1073] debido a que,

---

[1067] PITCH, T., *Un derecho para dos…* cit., p. 188.

[1068] PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., pp. 152-153. En este sentido, PECORELLA considera que la perseguibilidad de oficio atribuye a la víctima la responsabilidad por la ineficacia de la protección ofrecida por el sistema de justicia penal. *Vid.* PECORELLA, C., «Sicurezza vs Libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra instanze repressive e interessi della vittima», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010-2014, p. 14.

[1069] URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 123.

[1070] PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad…» cit., p. 189.

[1071] LLORIA GARCÍA, P., «Algunas reflexiones…» cit., p. 350. *Vid.* también LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo»", *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 9, 2007, pp. 34 y ss.

[1072] BERGALLI, R., BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres…», cit., p. 46.

[1073] Esta expresión es empleada por PÉREZ, M., «Escrache feminista, punitivismo, y la memoria larga del patriarcado», en: CRISTECHE, M., PARRA, F. (Coords.), *Desigualdades, resistencias y derechos en Latinoamérica y el Caribe*, Religación Press, Quito, 2023, p. 122.

como apunta LARRAURI, en nuestras sociedades la criminalización de un problema indica su gravedad[1074].

En este sentido, constituye un ejemplo paradigmático la LOVG de 2004, en cuya exposición de motivos se afirma expresamente que "para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos"[1075]. Se pretendía, por tanto, comunicar a la sociedad que este tipo de infracciones son delitos graves frente a los que el Estado responderá con contundencia. Como expusimos en el Capítulo II, estos delitos son públicos y se persiguen de oficio incluso los supuestos leves de amenazas y coacciones, lo cual contiene un mensaje simbólico importante, pues el carácter público del delito refleja que ello es un problema de toda la sociedad[1076]. Sin embargo, en la práctica, continúa siendo muy complicada la protección de las mujeres que no desean declarar y, desde la doctrina y distintos colectivos feministas, se viene señalando la necesidad de establecer otro tipo de medidas que permitan a las víctimas salir de la situación de violencia sin tener que acudir al proceso penal[1077]. Asimismo, se ha denunciado que las leyes integrales quedan en papel mojado si solo se desarrolla su faceta penal y no se destinan recursos orientados a sostener las medidas no-penales (educación y concienciación social, formación de los operadores jurídicos, atención a las víctimas, etc.)[1078].

[1074] LARRAURI, E., «La intervención penal...» cit., p. 4. Esta misma autora añade: "en esta línea todo movimiento social, y desde luego no sólo el feminista, pretende, para poner de manifiesto la importancia de su reivindicación, conseguir que ésta se incluya en el Código Penal. Que hay otras formas de mostrar el rechazo social es evidente, pero en nuestras sociedades el Derecho penal se ha convertido en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales".

[1075] *Vid.* FJ III de la Exposición de Motivos.

[1076] *Vid.* LARRAURI, E., «¿Se debe proteger…» cit., p. 165. *Vid.* también LARRAURI, E., «Cinco reflexiones feministas…» cit., pp. 151 y ss. En esta última publicación, la autora se muestra muy crítica con el "feminismo oficial" que promueve campañas para que las mujeres denuncien y utiliza eslóganes como "es que si no denuncia no podemos ayudar". En la misma línea, MAQUEDA ha denominado a este sector del movimiento como "tesis oficialista" (MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal…» cit., p. 18).

[1077] LARRAURI, E., «Cinco reflexiones feministas…» cit., p. 161: "En mi opinión es incorrecto, como se realiza desde diversas posiciones, "animar a las mujeres a que denuncien para conseguir protección", porque en muchas ocasiones el sistema penal no protege y en otras tiene otros principios, finalidades e intereses más allá de la protección de la mujer. Frente a este intento de "colonización judicial" hay que reafirmar la importancia de que las ayudas sociales a las mujeres victimizadas no requieran de una denuncia penal".

[1078] Como refiere ALONSO ÁLAMO, la introducción de figuras género-específicas "hace surgir una apariencia de eficacia rápida en la erradicación de tales comportamientos y emite a la colectividad una

Esto mismo puede afirmarse de la actual LOGILS, en la que la cuestión penal ha sido la que más controversia ha generado, mientras que, a mi juicio, el resto de las previsiones que introduce la norma han pasado desapercibidas para la opinión pública[1079]. El peso simbólico que ha tenido la LOGISLS es innegable, ya que al incluir los delitos contra la libertad sexual entre las "violencias sexuales", los ha elevado a una cuestión colectiva: su objetivo es comunicar a la sociedad que estos delitos no son una cuestión individual, sino que nos encontramos ante un problema estructural[1080].

Ahora bien, como se advierte desde los feminismos no punitivos, acudir al sistema penal para lograr estos fines feministas puede resultar contraproducente, por varios motivos. En primer lugar, porque el mismo está diseñado para exigir responsabilidad individual, por lo que descontextualiza las violencias machistas[1081]. El Derecho penal se basa en la dicotomía víctima-delincuente, por lo que promueve la imagen de la violencia sexual como algo que sencillamente "sucede" a las mujeres individuales, despolitizándose así el problema[1082]. Como acertadamente ha señalado PITCH, "el

imagen falsa de que se hace algo para remover la desigualdad real, siendo en rigor un recurso del que se serviría el Estado para no adoptar medidas más costosas". *Vid.* ALONSO ÁLAMO, M., «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en: MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Mujer y Derecho Penal*: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 106. Como señala ROXIN, esta es una de las particularidades de la legislación simbólica: "A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al lector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que "se hace algo" para combatir acciones y situaciones indeseables" (ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 59).

[1079] *Vid*., en este sentido, LLORIA GARCÍA, P., «Feminismo y punitivismo…» cit., pp. 119 y ss. Para un análisis de los problemas jurídico-penales que ha planteado la reforma, pueden consultarse los distintos trabajos recogidos en: AGUSTINA, J. R. (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí": Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, de 6 de septiembre, Atelier, Barcelona.

[1080] Como vimos en el Capítulo I, la norma incorpora la idea de que la violación es la punta del iceberg de la dominación patriarcal. Del mismo modo, el lema "solo sí es sí" implica una forma concreta de entender la sexualidad femenina y masculina, de manera que mediante el Derecho penal se está llevando a cabo, indirectamente, una educación sexual y una transmisión de valores muy determinada. Sobre esta cuestión, *vid*., por todas, SERRA, C., *El sentido…* cit., pp. 71 y ss.

[1081] Como señala OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, "lo que se supone como un problema colectivo, consecuencia de una sociedad patriarcal y de dominación sobre las mujeres, se valora de forma individualizada, sujeto a sujeto, bajo el tamiz del principio de culpabilidad individual de quien es objeto de acusación, por lo que un conflicto social generalizado (la cultura de la violación) contra el que se pretende luchar desde los movimientos sociales, pasa a ser valorado como hechos individuales dentro del sistema jurídico penal" (OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., «El caso de "La Manada"…», cit., p. 68).

[1082] VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 123. Asimismo, esta autora añade: "Las distinciones que se realizan entre verdad y falso, víctima y delincuente, infracción de la ley y obediencia a la ley, etc., apenas ofrecen resquicio para los matices. […] Descontextualiza todos los sucesos problemáticos, ya que toma una escena de toda la película de la vida de alguien. Las "soluciones" penales no tienen nada que ver con la vida diaria y, cuantitativamente hablando, sólo puede ofrecer a las víctimas

proceso de criminalización universaliza el problema y privatiza sus causas"[1083]. Es decir, se pretende mostrar que nos encontramos ante un problema "político", pero mediante la persecución penal se vuelve de nuevo a lo "personal"[1084].

Además de ello, mediante la mencionada individualización el castigo penal nos muestra al delincuente como al "otro" frente al "nosotros" y, de esta manera, se oculta el carácter sistémico de las violencias machistas[1085]. Desde las Criminologías feministas se pretende demostrar la normalidad de quienes nos violentan y desenmascarar el mito de que los agresores sexuales son personas desconocidas[1086]. Pero el carácter selectivo del proceso penal provoca que en la mayoría de las ocasiones resulten procesadas personas de las clases sociales más desfavorecidas (pobres, migrantes, racializadas, etc.), lo cual contribuye a que los medios de comunicación (y determinados partidos políticos) muestren que la violencia sexual no es estructural, sino que proviene de lo ajeno[1087].

En segundo lugar, otro motivo por el que acudir al Derecho penal puede resultar contraproducente para la consecución de los fines feministas lo encontramos en lo que podríamos denominar "paradoja de la vulnerabilidad". Según la misma, mediante la selección de un colectivo como vulnerable y su mayor protección penal, el Estado puede consolidar precisamente esa condición de sujeto débil-vulnerable que busca erradicar[1088].

---

de los delitos panaceas inútiles, encarcelamiento y multas" (VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 131).

[1083] PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., p. 137. Además añade que "La criminalización, mientras que legitima el problema como de interés universal, individualiza la responsabilidad por él". *Vid.*, en el mismo sentido, GASTIAZORO, M. E., SGRÓ RUATA, C., «Justicia en clave feminista y comunitaria…» cit., pp. 785 y ss.

[1084] De esta forma, el feminismo institucional ha desplazado la responsabilidad de la sociedad patriarcal hacia los individuos del género masculino, "en tanto que posibles y quizá probables culpables de la desigualdad y, sobre todo, de la violencia contra el género femenino" (Así lo apunta URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., 37).

[1085] *Vid.* NAREDO, María, (21 de marzo de 2023), *Feminismo y punitivismo* [Archivo de video], Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=Pm2lqJN88ZY&t=4661s (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[1086] Sobre el mito del "Stranger danger" *vid.* VARONA MARTÍNEZ, G., FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., *Mitos sobre delincuentes y víctimas…* cit., pp. 91 y ss.

[1087] Hacen referencia a la selectividad del sistema penal, entre otras, VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 134; FRANCÉS LECUMBERRI, P., «A la búsqueda de alternativas…» cit., p. 67; LARRAURI, E., «La intervención penal...» cit., p. 4.

[1088] *Vid.* PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., p. 137; y ss.; GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., pp. 459 y ss. En este sentido, VAN SWAANINGEN advierte que "pronto la "mujer" será sinónimo de "víctima". […] Esta posición victimista restablece la imagen de la mujer como criatura desgraciada, patética, suprimida, dependiente, oculta, débil, sin poder y vulnerable y por ello bloquea el camino a una emancipación real, para la cual las mujeres deben liberarse a sí mismas de esta posición

En este sentido, se afirma que la protección reforzada de la mujer contribuye a perpetuar su imagen "como ser desvalido, siempre asimilada a los menores e incapaces en demanda de la protección paternalista del Estado"[1089]. Como afirma SERRA, el feminismo victimista "redibuja inadvertidamente las mismas configuraciones y efectos del poder que pretende derrotar"[1090].

El sistema penal, al proteger de forma especial a las mujeres, está creando una determinada concepción sobre las mismas: está creando género[1091]. Este efecto se relaciona con el denominado carácter "productivo" de la norma, según el cual los sistemas jurídicos no representan una realidad preexistente[1092], sino que mediante los mismos la realidad se configura y se redefine[1093]. De este modo, como señaló FOUCAULT, el Derecho penal funciona como un mecanismo reproductivo de lo "normal", produciendo

---

dependiente. Estas tesis indulgentes las llevan a un camino sin salida y preservan la vulnerabilidad femenina" (VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 124).

[1089] LAURENZO COPELLO, P., «El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género», en: ECHANO BASALDUA, J. I. (Dir.), *Cuadernos Penales José María Lidón: La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Servicio de Publicaciones Universidad de Deusto, 2005, p. 115.

[1090] SERRA SÁNCHEZ, C., «Más allá de nosotras…» cit., p. 48. BUTLER apuntó esta paradoja al observar que "el sujeto feminista está discursivamente formado por la misma estructura que, supuestamente, permitirá su emancipación" (BUTLER, J., *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 47). Como apunta VARELA, Butler defendió que "al reforzar la idea de mujeres como una identidad estable y unificada, el feminismo se arriesgaba a fortalecer las mismas relaciones de género que combatía" (VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 76).

[1091] Es por ello por lo que la doctrina viene señalando que el Derecho es una "tecnología de género". Emplea este término GARCÍA ALBERO y lo define como un "proceso de producción de identidades, de subjetividades" (GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., p. 457). Se trata de un concepto que fue acuñado por Teresa de Lauretis en 1987 en su obra *Tecnologies of Gender* (vid. CAMPOS RUBIO, A., «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica», en: ASTOLA MADARIADA, J. (Coord.), *Mujeres y Derecho, pasado y presente*, Universidad del País Vasco, País Vasco, 2008, p. 203). *Vid.* también SMART, C., «La mujer del discurso…» cit., p. 187.

[1092] Según BUTLER, "el poder jurídico "produce" irremediablemente lo que afirma sólo representar […]. La ley produce y posteriormente esconde la noción de "un sujeto anterior a la ley" para apelar a esa formación discursiva como una premisa fundacional naturalizada que posteriormente legitima la hegemonía reguladora de esa misma ley. No basta con investigar de qué forma las mujeres pueden estar representadas de manera más precisa en el lenguaje y la política. La crítica feminista también debería comprender que las mismas estructuras de poder mediante las cuales se pretende la emancipación crean y limitan la categoría de "las mujeres", sujeto del feminismo" (BUTLER, J., *El género en disputa…* pp. 47-48).

[1093] Como afirma PITCH, es la solución (la criminalización) la que dicta los términos en los que el problema es construido (PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., p. 129). En este sentido, BERGALLI y BODELÓN explican que el propio término "violencia sexual" ya describe los aspectos del tema que se subrayan y qué estrategias son posibles: "Hablar en términos de opresión sexual implica un conjunto de factores diversos que son más dificilmente traducibles a términos penales. El lenguaje penal necesita establecer los términos de un problema con características que le sean reconocibles" (BERGALLI, R., BODELÓN, E., «La cuestión de las mujeres…», p. 60). *Vid.* también MACAYA, L., SOTO, B*., Conflicto no es lo mismo que abuso*, Genera y Hamaca, Barcelona, 2024, p. 10.

a los sujetos a los que más tarde representará[1094]. En efecto, produce una imagen estereotipada de mujer víctima-ideal (la cual resulta funcional al propio sistema penal) frente a una imagen de hombre delincuente-malvado[1095]. De esta forma, se refuerzan los estereotipos de género y, además de ello, se impone a las víctimas que muestren una serie de características para poder cumplir con ese rol[1096]. Aquellas que no cumplen este ideal, son cuestionadas por el propio sistema y no reciben la misma protección[1097]. En este sentido, por ejemplo, hasta hace poco se cuestionaba a las víctimas que tardaban en denunciar y el Tribunal Supremo ha tenido que aclarar que de este hecho no puede derivarse una presunción en contra de la veracidad de su declaración[1098].

En tercer lugar, debe hacerse una especial mención a la colectivización del daño que propone la LOGILS. Como se estudió en el Capítulo I, esta norma establece que las violencias sexuales no son una problemática coyuntural, sino que se tratan de una cuestión estructural. Así lo afirma expresamente el Preámbulo de la norma, que además añade que "al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por

---

[1094] *Vid.* VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 132.

[1095] *Vid.* MACAYA ANDRÉS, L., «La violación o la vida: subjetividades punitivas», en: SERRA SÁNCHEZ, C., GARAIZÁBAL ELIZALDE, C., MACAYA ANDRÉS, L. (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Bellaterra, Barcelona, 2021, p. 109 y ss.

[1096] Estas características se identifican con las que, según CHRISTIE, se exigen a una víctima ideal: "vulnerabilidad, respetabilidad social e inocencia (irreprochabilidad o no puesta en peligro)". *Vid.* CHRISTIE, N., «The ideal victim», en: FATTAH, E.A. (Coord.), *From Crime Policy to Victim Policy*, Palgrave Macmillan, London, 1986, pp. 17 y ss. Es decir, como afirma ALBA RICO, "la víctima debe ser pura, completa, sin mancha" (ALBA RICO, S., (25 de febrero de 2018), «Discurso contra las víctimas», *Contexto*, Disponible en: https://ctxt.es/es/20180221/Firmas/18039/alba-rico-victimas-feminismo-8m-huelga.htm (fecha de última consulta: 29.3.2025)). Este concepto de víctima pura y sacrificial proviene del mismo contenido etimológico de la palabra "víctima", que se empleaba para designar a las personas y animales sacrificados. *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M., AGUIAR CÁRCELES, M. M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 96.

[1097] Sobre las consecuencias que estos estereotipos tienen en las víctimas de violencia de género, *vid.* CASADO-NEIRA, D., MARTÍNEZ, M., «La víctima simulada: identidades forzadas en la violencia de género», *Política y Sociedad*, n.º 53 (3), 2016, pp. 880 y ss. Sobre el estereotipo de la "víctima perfecta" en las violencias sexuales, *vid.* DOINEL, A., *Me lo merezco: historias de ternura, sanación y buenos tratos*, Editorial Avenate, Andalucía, 2023, pp. 97 y ss.

[1098] Esto demuestra la falta de perspectiva de género de algunos operadores jurídicos, que desconfían de la víctima que tarda en denunciar, desconociendo los múltiples factores que pueden influir en que finalmente decida tomar ese camino. *Vid.* LARRAURI, E., «Cinco reflexiones feministas…» cit., p. 155.

ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado"[1099].

Desde esta perspectiva, con cada agresión se produciría una "doble victimización", contra la víctima concreta y contra "las mujeres" como colectivo[1100]. Esta forma de concebir el problema encaja con los feminismos que conciben como víctima a todo el género femenino, de manera que, si una mujer es violada, todas las mujeres lo son[1101]. Al mismo tiempo, cuando se hace referencia al "mensaje de inseguridad" que se transmite con cada delito, se están recogiendo aquellos planteamientos feministas que defienden que mediante las agresiones sexuales se alecciona a las mujeres en el miedo[1102].

Este tipo de razonamiento es precisamente el que llevan a cabo quienes reivindican una reforma de la perseguibilidad: se afirma que las agresiones sexuales son un delito que se comete "sobre una contra todas las demás", por lo que se defiende que estos delitos no deberían ser semipúblicos, sino que "son delitos públicos que nos afectan a todas las mujeres, siempre, y a toda la sociedad por extensión"[1103]. En efecto, como refiere GARCÍA ALBERO, esta "socialización" del conflicto tiene múltiples implicaciones, entre las que se encuentran "el derrumbe del concepto de esfera privada como ámbito de inhibición del Derecho" y "la consideración de múltiples infracciones que antes se condicionaban a la persecución de parte, como delitos públicos perseguibles de oficio"[1104]. En esta línea, la Asociación de Mujeres Juristas Themis ha señalado que "el mantenimiento de la obligación de denuncia de la persona agraviada como requisito

---

[1099] Apartado I del Preámbulo de la LOGILS.

[1100] Este concepto es empleado por GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., p. 457.

[1101] *Vid.* URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., 37. Según la Asociación de Mujeres Juristas Themis, la LOGILS recoge lo que se dice en todas las movilizaciones feministas: "Si nos violan a una, nos violan a todas" (THEMIS, *Conclusiones y propuestas…* cit., p. 12).

[1102] Como explica ORBORNE, "es sobre todo en relación con el tema de las violaciones donde se ha explotado la naturaleza y los temores de las mujeres y los temores ante las agresiones masculinas. Que la violación constituye un "proceso de intimidación por el cual todos los hombres mantienen a todas las mujeres en un estado de miedo" se convirtió pronto en una idea aceptada más allá de los círculos feministas" (OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 222). Sobre las políticas del terror sexual, *vid*., BARJOLA RAMOS, N., *Microfísica sexista del poder. El caso Alcàsser y la construcción del terror sexual*, Virus Editorial, Barcelona, 2018; WALKOWITZ, J. R., *La ciudad de las pasiones terribles: narraciones sobre el peligro sexual en el Londres victoriano*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

[1103] *Vid.* MARTÍN BARRANCO, M., «¿Por qué no se persiguen delitos sexuales sin denuncia de la víctima?», *Nueva Revolución*, Disponible en: https://nuevarevolucion.es/por-que-no-se-persiguen-delitos-sexuales-sin-denuncia-de-la-victima/ (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[1104] GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., p. 462.

de perseguibilidad parece chocar con lo que se manifiesta en la propia exposición de Motivos de la LOGILS", por lo que "sólo eliminando, o al menos modificando sustancialmente este requisito […] será realidad la consideración de las violencias sexuales no como problema individual, sino social, como acertadamente se indica en la exposición de motivos, sin que existan razones congruentes de política criminal para mantener la consideración de delitos semiprivados a conductas consideradas para la opinión pública como graves y ofensivas para la sociedad en general, y no sólo para la víctima"[1105].

Este tipo de planteamientos no se encuentran, sin embargo, exentos de críticas, pues un sector doctrinal no está de acuerdo con que los ataques a la libertad sexual se configuren en clave colectiva. De esta opinión es DÍEZ RIPOLLÉS, que considera que, si se asume esta perspectiva, el bien jurídico deja de tener referencias individuales, por lo que "ya no se trata de la autorrealización personal, sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente, en la que el primero ejerce su dominación sobre el segundo"[1106]. Este cambio de paradigma que implica la LOGILS puede tener consecuencias directas sobre la perseguibilidad, pues si el objeto de protección del delito deja de relacionarse con contenidos personalísimos de autorrealización personal (que eran los que fundamentaban la exigencia de denuncia) y comienza a percibirse como un daño contra la sociedad, se legitimará en todo caso la intervención del Ministerio Fiscal[1107]. No sería necesario, sin embargo, modificar el art. 191, sino que, en la legítima ponderación

[1105] THEMIS, *Conclusiones y propuestas…* cit., pp. 12-13. Esta argumentación es transcrita literalmente por la enmienda del Grupo Parlamentario Republicano a la LOGILS anteriormente citada.

[1106] *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra…» cit., pp. 224 y ss. Asimismo, la doctrina ha insistido en que incorporar la perspectiva de género no puede suponer una deriva hacia un Derecho penal del enemigo, pues el mismo fundamenta la intervención penal en la mera existencia de un riesgo abstracto, y en la actualidad "ese riesgo abstracto supone el peligro para las mujeres de ser objeto de un delito contra la libertad sexual por parte de hombres considerados no de manera individual sino colectivamente" (OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., «El caso de "La Manada"…» cit., p. 63). *Vid.* también, muy crítica con la conclusión de DÍEZ RIPOLLÉS: LAURENZO COPELLO, P., «La difícil incorporación del pensamiento feminista…» cit., p. 330. Para esta autora, la perspectiva de género, "lejos de poner en peligro la vocación universalista del Derecho penal, en realidad viene a reforzarla" ya que "una mirada más inclusiva no conduce a la "parcialidad" ni mucho menos a un ordenamiento penal sectario".

[1107] En 1985, DÍEZ RIPOLLÉS ya advirtió del riesgo "de que se aproveche su configuración pública para introducir de nuevo objetos jurídicos de protección supraindividuales. Que el riesgo surge en los contextos más insospechados lo muestra el Proyecto italiano, que con la pretensión de salvaguardar plenamente la libertad sexual de la víctima, termina hablando de la defensa de intereses colectivos en una nueva configuración social de la mujer, dignos de tenerse en cuenta en estos tipos, y de los que serían portadores determinadas asociaciones" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual…* cit., p. 192).

de intereses que actualmente prevé el precepto, pesará siempre más el interés público en prevenir futuros delitos contra víctimas potenciales. Como venimos diciendo, así es como lo interpreta la doctrina mayoritaria, y encaja con los últimos avances del feminismo institucional.

Si bien es cierto que es necesario colectivizar el problema de las violencias sexuales y entender su dimensión estructural, llevar este lema feminista hasta sus últimas consecuencias convirtiendo estas infracciones en delitos públicos (ya sea reformando el art. 191 CP, o bien manteniéndolo, pero asumiendo esta nueva interpretación) puede acarrear más problemas que soluciones para las víctimas concretas. En efecto, se produciría una "expropiación del conflicto"[1108] a la víctima por parte de las instituciones y se la instrumentalizaría para conseguir fines sociales más elevados que su propia protección[1109]. Nos encontramos ante lo que SERRA ha denominado "despotismo ilustrado feminista"[1110] que proclama el lema "todo para las víctimas, pero sin las víctimas". Es decir, desde este punto de vista, es posible sacrificar a la víctima en pro de las reivindicaciones de un colectivo, pues su opinión quedará relegada a un segundo plano[1111].

Por último, cabe añadir que este tipo de propuestas totalizadoras que hablan de "las mujeres" como un grupo homogéneo han sido criticadas por el feminismo antipunitivo[1112]. Las diferencias entre mujeres fueron puestas de manifiesto por el feminismo negro, que denunció el falso universalismo del que partían las propuestas del feminismo radical y cultural[1113]. Debemos recordar que para este sector del movimiento

---

[1108] GARCÍA ALBERO, R., «Las perspectivas de género…» cit., pp. 457 y ss.

[1109] *Vid.* LARRURI, E., «¿Se debe proteger…» cit., pp. 166-167.

[1110] Para SERRA, esta expresión hace referencia a la "versión feminista del 'todo para el pueblo, pero sin el pueblo' que defiende como tarea gobernar para las mujeres sin las mujeres o al menos sin algunas de ellas" (SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 48).

[1111] Resulta muy representativo un caso que menciona esta autora, en el cual un "Youtuber" contó que sus amigos ligaban con mujeres cuando estaban bajo los efectos del alcohol. En este caso, la ciudadanía reclamaba la intervención de oficio de la Fiscalía. Como acertadamente apunta SERRA, "nadie conocía la opinión de las chicas, y eso es precisamente lo revelador: a nadie le hacía falta conocerla" (SERRA, C., *El sentido…* cit., p. 58-59).

[1112] URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., p. 34.

[1113] Asimismo, el feminismo posmoderno (o "posfeminismo") cuestiona todos aquellos discursos totalizadores. Como explica VARELA, "el posmodernismo trata de la incredulidad frente a los metarrelatos (marxismo, feminismo, psicoanálisis, por ejemplo), frente a las narraciones generalizadoras y simplificadoras que tratan de abarcar la historia en su totalidad o reducir todo nuestro conocimiento a un único marco conceptual" (VARELA, N., *Feminismo 4.0...* cit., p. 67-68).

la sexualidad era el principal eje de opresión por lo que, como afirma OSBORNE, "cualquier otra explicación desapareció del mapa"[1114]. Como consecuencia, se defendía que la discriminación de género era el problema principal para todas las mujeres, y se obviaban otro tipo de discriminaciones relacionadas con la raza, la clase, la orientación sexual, etc. Esto ocasionó que las feministas negras y las lesbianas reivindicaran que el feminismo adoptara una perspectiva "interseccional", es decir, que asumiera que los sistemas de dominación no actúan de forma independiente, sino que se interrelaciones entre sí y generan perjuicios más gravosos precisamente por ello[1115]. Más tarde, BUTLER se basó en estas críticas para cuestionar que el movimiento pueda centrarse en una sola identidad, pues la misma está conformada por otros ejes de las relaciones de poder. En la actualidad, en España se está incorporando esta perspectiva multifactorial, pero todavía un importante sector del movimiento feminista considera que la identidad de género prevalece sobre cualquier otra diferencia (de clase, raza, etc.)[1116].

En definitiva, desde las teorías de la interseccionalidad se exige que se tengan en cuenta las múltiples situaciones de discriminación por las que pueden verse afectadas las personas que acuden al sistema penal[1117]. Por ello, desde estos planteamientos se advierte que puede resultar contraproducente defender "que todas las mujeres denuncien", ya que ello supondría no atender a las necesidades concretas de cada víctima.

La persecución de oficio en todo caso supondría tratar a todas las víctimas por igual, sin adaptarse a su situación, ignorando que para algunas mujeres la no persecución puede resultar más conveniente[1118]. Como es sabido, la violencia institucional es mucho

---

[1114] OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 215.

[1115] La "interseccionalidad" es un término acuñado por Kimberlé Crenshaw en 1989. *Vid.* CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum,* n.º 1989-1-8, 1989, pp. 140 y ss. *Vid.* también SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo…* cit., pp. 48 y ss.

[1116] Además de ello, como destaca SERRA, se teme que quede desdibujado el sujeto político del feminismo, pero al defender que son exclusivamente "las mujeres" se está ignorando, por un lado, que estas no son las únicas afectadas por el patriarcado y, además de ello, se está consolidando la idea de que únicamente pueden tener acceso a la condición de sujeto del feminismo a aquellos que consideramos como víctimas. *Vid.* SERRA SÁNCHEZ, C., «Más allá de nosotras…» cit., p. 45.

[1117] *Vid.* AÑÓN ROIG, M. J., «El concepto de violencia de género…» cit., p. 90. La nueva directiva sobre violencia contra las mujeres de la UE adopta una perspectiva interseccional y obliga a que se tenga en cuenta "si la víctima sufre discriminación por razón de sexo combinada con discriminación por cualquier otro motivo o motivos" en la evaluación individualizada de sus necesidades de protección (art. 16.4 Directiva (UE) 2024/1385).

[1118] Así, por ejemplo, en relación con las mujeres migrantes, se ha observado que "mantener (temporalmente) esta situación de subordinación y de negación personal en lo privado es lo que les permite

mayor en relación con las víctimas que atraviesan otros factores de opresión, por lo que resulta todavía más comprensible que no quieran acudir a un sistema que constantemente las revictimiza y criminaliza[1119].

3. La agencia de las víctimas: ¿Lo íntimo es político?

En el fondo del debate sobre la perseguibilidad se encuentra la cuestión de la libertad o autonomía de las víctimas. Es decir, el dilema entorno a si es más conveniente que el Estado intervenga para preservar los intereses generales o dejar que sea la víctima concreta la que decida cómo afrontar su situación. Como afirma URÍA RÍOS, esta contradicción entre bien colectivo y libertad individual es un problema "que ni la izquierda ni el feminismo han sabido resolver"[1120].

Como ya hemos apuntado, desde el feminismo radical y cultural la libertad de las mujeres se percibe como sospechosa, pues se entiende que, mientras exista un sistema patriarcal de dominación, las mujeres nunca serán libres. Es por ello por lo que las propuestas abolicionistas de la pornografía y del trabajo sexual hablan del "mito de la libre elección"[1121]. Ahora bien, hemos visto que estas teorías son criticadas por relegar a las mujeres a la condición de víctimas, "como seres a los que les hacen, les pasan cosas, con la dificultad de ser sujeto de las circunstancias"[1122]. Como señala OSBORNE, negar a las mujeres el "libre albedrío" supone negarles la posibilidad de actuar y de dejar de

---

combatir el sistema de exclusión y de negación personal en lo público que impone la LOE [la Ley de Extranjería]" (*vid.* MESTRE I MESTRE, R., «Estrategias jurídicas de las mujeres migrantes» en MIRANDA LÓPEZ, M. J., MARTÍN PALOMO, M. T., VEGA SOLÍS, C. (Coords.), *Delitos y fronteras: mujeres extranjeras en prisión*, Editorial Complutense, Madrid, 2005, pp. 239).

[1119] Esto se evidencia en aquellos casos de mujeres migrantes que acuden a presentar una denuncia y la respuesta que reciben de las instituciones es la apertura de un expediente de expulsión. *Vid.* POLO CASTILLO, L., HERRERA JUÁREZ, M., *Violencia institucional hacia las mujeres inmigrantes: un estudio de caso en la ciudad de Valencia*, Asociación Por Ti Mujer, Valencia, 2023, pp. 39 y ss.

[1120] URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., p. 39. Este dilema aparece constantemente en el debate público cada vez que se discute un tema feminista: se habla sobre la libertad de las mujeres para dedicarse al trabajo sexual, para llevar o no llevar velo, para subir contenido en redes sociales en el que cocinan a sus novios o maridos, etc.

[1121] *Vid*., entre otras, DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*, Cátedra, 2016.

[1122] *Vid.* OSBORNE, R., «Debates en torno al feminismo cultural» cit., p. 218.

sufrir de forma pasiva[1123]. En el mismo sentido, SERRA ha apuntado que "el victimismo supone elegir permanecer en la celebración del agravio en vez de reivindicar nuestra autonomía y nuestra libertad"[1124]. Por tanto, desde los feminismos críticos con el sistema penal, se reivindica no cuestionar la capacidad de agencia de las mujeres[1125].

Si trasladamos esta discusión al debate sobre la perseguibilidad, podemos observar que quienes reivindican la acción de oficio ponen en tela de juicio la libertad de las mujeres para interponer una denuncia. En este sentido, por ejemplo, PECORELLA ha afirmado que "la mujer no parece *libre* a la hora de decidir si recurrir o no a la justicia penal porque se ve obligada a renunciar de principio, por las dificultades y el sufrimiento que esta elección le impondría"[1126]. Es decir, según esta autora, la revictimización que ocasiona el sistema penal provocará que las víctimas nunca deseen denunciar, lo cual le conduce a defender una perseguibilidad pública. No obstante, como tuvimos ocasión de analizar, es precisamente esta victimización secundaria la que aconseja no iniciar el proceso contra la voluntad de la víctima.

En relación con este tema, resulta de gran interés acudir al debate que se produjo en Italia sobre la perseguibilidad durante los años 80, pues el mismo se planteó precisamente, como señala PITCH, en términos de "libertad femenina". Por un lado, quienes defendían la persecución pública de los delitos sexuales argumentaban que esta libertad debía ser "idéntica a la proclamada y defendida por la comunidad política entera en el caso de cualquier delito serio". Esta postura coincide completamente con la de los feminismos de la igualdad, pues defendían que con la "igualación de la violación" a los demás delitos se incluía a las mujeres en la comunidad política. Por otro lado, desde los

---

[1123] Anna Jónasdóttir critica a Mackinnon argumentando que "el patriarcado es un sistema, basado en un entramado de relaciones entre mujeres y varones. En este sentido, las mujeres son parte activa de la estructura básica del patriarcado y no un mero recurso sobre el que actúan y al que utilizan los hombres. Si no se contempla esto así, dejan de ser vistas como agentes activos de la construcción social y protagonistas potenciales de su propia liberación" (*Ibidem*., p. 223-224).

[1124] *Vid.* SERRA SÁNCHEZ, C., «Más allá de nosotras…» cit., p. 48. De la misma opinión, URÍA RÍOS, P., «El feminismo surca aguas…» cit., p. 38: "el victimismo hace que se reclame cada vez más protección del Estado, a través del ordenamiento legislativo y jurídico, un proteccionismo que en casos individuales extremos puede ser necesario, pero que, generalizándolo, no contribuye a potenciar la autonomía personal de las mujeres, sino que las infantiliza y pone en cuestión su capacidad de decisión".

[1125] *Vid.*, entre otras, FRANCÉS LECUMBERRI, P., ZULOAGA LOJO, L., «Claves para una mirada amplia sobre la introducción de la perspectiva de género en el atestado policial», *Jueces para la democracia*, n.º 8, 2019, p. 10; LARRAURI, E., «¿Se debe proteger…» cit., pp. 165 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: entre el concepto…» cit., pp. 9 y ss.

[1126] *Vid.* PECORELLA, C., «Consideraciones sobre la revocabilidad…» cit., p. 186.

feminismos de la diferencia se defendió que el proceso fuera iniciado por la víctima ya que entendían que "la libertad femenina no puede ser reducida u homologada con la libertad protegida por el Derecho penal". Según esta perspectiva, el Derecho es una estructura intrínsecamente masculina y androcéntrica, por lo que admitir a las mujeres en la comunidad política implica considerarlas como hombres. Sin embargo, la exigencia de denuncia permite "crear las condiciones en las que la mujer individual está en posición de decidir libremente si denunciar o no", situando así la libertad femenina "dentro de la construcción de un mundo común de las mujeres"[1127]. Estas propuestas encajan con el objetivo del feminismo de la diferencia de crear una contracultura basada en los valores femeninos.

Puede resultar contradictorio, *a priori*, que los feminismos de la diferencia, que provienen del feminismo cultural de la dominación que niega la agencia de las mujeres, sea precisamente el que proponga defender la libertad femenina. No obstante, hay que tener en cuenta que el feminismo de la diferencia que se desarrolló en Europa no coincide plenamente con el feminismo de la dominación norteamericano y que, como indica FRANCÉS, aunque la mayor parte de las propuestas de la diferencia promueven lógicas punitivas, algunos sectores de este feminismo son críticos con el sistema penal. El feminismo de la diferencia italiano constituye una buena muestra de ello.

En España, sin embargo, parece que durante los años 80 y 90 todo el movimiento feminista se aunó para reclamar la persecución de oficio, por lo que este no fue un punto de discusión entre las propuestas de la igualdad y las de la diferencia[1128]. No obstante, con el tiempo, desde los feminismos antipunitivistas se ha reflexionado sobre esta cuestión y se ha puesto de manifiesto la necesidad de actuar con cautela en este asunto. En este sentido, URIA RIOS reconoce que tomó parte activa en estas movilizaciones a favor de la persecución pública, pero afirma que "a la luz de la experiencia, hemos visto el sufrimiento y la frustración que a veces las denuncias han provocado en las mujeres, y

[1127] PITCH, T., «¿Mejor los jinetes…» cit., pp. 152-153. Como puede apreciarse, en Italia la reflexión feminista "ha estado caracterizada por el dilema entre la igualdad y la diferencia: la "oscilación no resuelta (…) entre las reivindicaciones de la igualdad y las reivindicaciones de la diferencia, entre la petición de 'derechos iguales' (a los de los hombres) y aquella de 'derechos de las mujeres'" (PECORELLA, C., «Discriminación indirecta y derecho penal», en: DOVAL PAIS, A., GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (Dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 51).

[1128] Como señala ASÚA BATARRITA, "en nuestro país no ha tenido lugar un debate de características similares al producido en Italia" (ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal…» cit., p. 57).

eso nos ha llevado a mantener una actitud más prudente ante la exigencia de denunciar siempre y por encima de toda consideración, incluso contra la voluntad de la mujer agredida"[1129].

No obstante, debemos recordar que el feminismo de la dominación tiene todavía una gran influencia. Es este feminismo, junto con las propuestas de la igualdad, el que exige una persecución pública de los delitos contra la libertad sexual. De esta forma, bajo el lema "lo personal es político", se reivindica sacar estas infracciones del ámbito privado y convertirlas en un asunto público, pues para las propuestas de la dominación "la medida de la intimidad ha sido siempre la medida de la opresión"[1130]. Es decir, para el feminismo de MacKinnon, la sexualidad ha sido el terreno donde se expresa la dominación patriarcal y han defendido acceder a este mundo íntimo de la mujer a través de lo público[1131]. Por su parte, el feminismo de la igualdad tiene la firme creencia de que equiparar los delitos sexuales al resto de delitos graves supondría proclamar que la violencia sexual es igual que las demás violencias: que no tiene nada de especial, que todo aquello relacionado con la sexualidad ya no debe ser un tabú, que no debe ser algo que quede "de puertas adentro".

Frente a estos planteamientos surgen las dudas siguientes: ¿Podría el Derecho penal mediante una persecución de oficio cambiar la imagen que la sociedad tiene sobre el ámbito sexual como un ámbito íntimo? ¿Corresponde al Derecho penal cambiar las concepciones sociales sobre la sexualidad? ¿Que la sexualidad se relacione con la intimidad es necesariamente algo patriarcal que el derecho con perspectiva de género debería tratar de modificar? ¿Y si la intimidad formase parte de la propia sexualidad?

Según mi parecer, el Derecho penal no solo no debería promover determinadas creencias o valores[1132], sino que dudo que pueda hacerlo. Aunque se reformase la perseguibilidad para conseguir este efecto simbólico, en la práctica la sexualidad

---

[1129] URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder…* cit., p. 124.

[1130] MACKINNON, C. A., *Hacia una teoría feminista del estado*, Cátedra, Madrid, 1995, p. 340.

[1131] Puede observarse esta postura en BARRY, que considera que "en la praxis no sólo nos oponemos a la explotación sexual de forma política, sino que, *justamente porque la desprivatizamos y conseguimos transformarla en asunto público*, aprendemos más sobre ella a través de las reacciones que provocan nuestras campañas. […]. Nuestro acceso a la *dominación privatizada* de las mujeres tiene lugar a través de lo público" (BARRY, K., «Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual», en: DE MIGUEL, A., AMORÓS PUENTE, C. (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, p. 207, *la cursiva es añadida*).

[1132] Así lo viene señalando la doctrina. *Vid.*, entre otras, LLORIA GARCÍA, P., «Algunas reflexiones…» cit., p. 343; MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal…» cit., p. 27.

continuará siendo uno de los aspectos más íntimos de las personas, por lo que la mayor parte de la violencia sexual quedará sin conocerse si no es denunciada. Por ello, una reforma de la perseguibilidad que no modifique las condiciones que provocan que las mujeres no quieran denunciar será mero Derecho penal simbólico. Incluso aunque el sistema consiguiera reducir la revictimización que produce, siempre existirán víctimas que optarán por una gestión privada del conflicto, por lo que una intervención del Estado contra su voluntad sería un grave atentado contra su intimidad.

Como venimos diciendo, es precisamente la protección de este derecho fundamental lo que justifica la existencia de mecanismos de perseguibilidad a favor de la víctima, lo cual encaja con los principios ilustrados que conciben los derechos humanos como límites frente a la injerencia del *ius puniendi*. Como consecuencia, a mi juicio, desde los feminismos de la igualdad debería adoptarse esta perspectiva y no optar por una persecución de oficio pues, si estos feminismos se basan en el modelo de la Ilustración, no deberían instrumentalizar a las personas para la consecución de fines sociales.

En conclusión, que "lo personal es político" no debería significar que "lo íntimo" deba ser "penal". Los feminismos que proponen un Derecho más flexible, que se adapte a las necesidades de cada persona, no se oponen a problematizar los delitos que sufren las mujeres en el ámbito privado como un problema estructural, pero ponen en duda la eficacia de la intervención del Estado en este ámbito[1133]. Para estas feministas, "lo personal y lo emocional" es precisamente "el punto de partida para su política". Es decir, una justicia feminista debería construirse desde abajo y adaptarse a las circunstancias cambiantes, frente a un derecho androcéntrico que propone una única solución[1134]. Como afirma VAN SWAANINGEN, "las soluciones no pueden ser panaceas, sino que son diversas, porque la gente y sus vidas diarias son diversas"[1135].

[1133] *Vid.* PITCH, T., *Un derecho para dos…* cit., p. 193.

[1134] VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 129: "Esto implica que los conceptos "masculinos" como los derechos formales y el enfoque exclusivo en los intereses en conflicto, dejan espacio para una búsqueda consciente de soluciones negociables, que requieren cuidado, responsabilidad, cooperación y creatividad".

[1135] VAN SWAANINGEN, R., «Feminismo y Derecho Penal…» cit., p. 130.

VII. LOS INTERESES DE "LAS VÍCTIMAS" EN OTROS DELITOS SEMIPÚBLICOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 75/2024, DE 8 DE MAYO

La existencia de requisitos de perseguibilidad en el Código Penal en ocasiones se justifica en simples razones de economía procesal. Es decir, se establece la exigencia de denuncia porque el legislador entiende que no resulta necesario activar la maquinaria penal ante delitos de escasa gravedad por los que la parte agraviada no reclama una pena[1136]. Este argumento se ha empleado principalmente para explicar el carácter semipúblico de delitos como los daños imprudentes (art. 267 CP), los relativos al mercado y a los consumidores (art. 287), los societarios (art. 296.2) y los delitos leves (las antiguas faltas)[1137]. No obstante, en los últimos años, la doctrina suele hacer referencia también a este fundamento en relación con nuevos tipos penales que han introducido figuras de acoso, como el delito de acoso callejero (art. 173.4 CP) o el delito de acoso antiabortista (art. 172 *quater*)[1138].

Ahora bien, los delitos sexuales no son los únicos en los que se alude a la necesidad de preservar la intimidad de las víctimas y evitar su revictimización. En efecto, en materia de delitos contra la intimidad (arts. 197 y ss.), se afirma que la condición de procedibilidad se debe a "la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico

[1136] *Vid.* apartado XXXI, párrafo 11, de la LO 1/2015, de 30 de marzo: "en atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al juez de instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia". En este sentido, se suele afirmar que los requisitos de perseguibilidad cumplen una función de "descriminalización" o de "descongestión de la Administración de Justicia". *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 321 y ss.; 473 y ss., con ulteriores referencias. Este autor se muestra muy crítico con esta fundamentación, por la concepción privatizadora de la justicia penal que conlleva. *Vid.* también, más recientemente: ALONSO RIMO, A., «Perseguibilidad a instancia…» cit., p. 798. De la misma opinión: GARCÍA RIVAS, N., «Signos de privatización…» cit., pp. 407-408.

[1137] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., pp. 321 y ss.

[1138] Como vimos en el Cap. II, además de aludirse a su escasa gravedad, se afirma que son delitos con un "elevado grado de subjetivación", por lo que es muy difícil que pueda comprobarse, de oficio, que concurren los elementos del tipo penal.

protegido"[1139], el cual podría verse dañado de nuevo con la persecución pública[1140]. Asimismo, en el delito de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (art. 161 CP) también se hace referencia a los intereses personalísimos implicados, y se estima que una persecución de oficio podría afectar a la intimidad de la víctima y a otros intereses sociales y familiares que se entiende que deben prevalecer sobre el castigo penal[1141]. Se ha dicho también, en una línea coincidente, que se protege la intimidad del *nasciturus*[1142]. En el abandono de familia (arts. 226 y 227 CP) se suele aludir también a razones de "intimidad familiar"[1143] y, más recientemente, alguna autora ha señalado que este es el fundamento de la exigencia de denuncia en relación con el delito de *stalking* (art. 172 *ter*)[1144].

Como se ha expuesto *supra* (V), cierto sector doctrinal considera que la perseguibilidad privada muestra la completa disponibilidad del bien jurídico protegido, de manera que, mediante la denuncia, la víctima proclamaría que concurren los elementos del tipo penal. En este trabajo nos hemos opuesto a la idea según la cual la ausencia de denuncia equivaldría a que la víctima ha otorgado su consentimiento, ya que esta puede no haber denunciado el delito por numerosos motivos (por lo que no significa que no se haya producido). Ahora bien, hay que reconocer que en los delitos contra la intimidad se aprecia una fuerte conexión entre el objeto de protección del delito y los intereses que se

---

[1139] *Vid.*, entre otras, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal…* cit., pp. 318; ROMEO CASABONA, C. M., «Capítulo I: Del descubrimiento y revelación de secretos», en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M. (Coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, v. II, 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 843.

[1140] Como señala TOMÁS-VALIENTE LANUZA, "la opción por la perseguibilidad semiprivada del hecho encuentra su sentido en la protección del propio bien jurídico vulnerado por el delito, pues la víctima puede considerar preferible que los hechos queden sin sanción antes que padecer el efecto multiplicador de la lesión a su intimidad que un proceso penal comportaría, que daría lugar a una 'segunda victimización'" (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Artículo 201», en: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 697).

[1141] Recoge estos argumentos: DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., «El delito de reproducción asistida…» cit., p. 238, con ulteriores referencias doctrinales. Esta autora, sin embargo, se posiciona a favor de publificar estos delitos, pues afirma que "una vez situado el objeto de protección del delito en una concreta vertiente de libertad de la mujer, no puede compartirse la configuración otorgada por el legislador" (*ibidem*).

[1142] "La previsión es muy acertada para preservar la intimidad y otros bienes de terceros, sobre todo del mismo *nasciturus*, cuando no se quiera acudir a la vía del aborto, con independencia de las razones (incluidas las estrictamente religiosas) que motivasen la decisión de llevar adelante el embarazo" (PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España (principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 156-157).

[1143] *Vid.* ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…* cit., p. 326; ALMODÓVAR PUIG, B., *Delitos perseguibles…* cit., p. 252 y ss.

[1144] *Vid.* ESTEVE MALLET, L., *Violencia de género…* cit., p. 565.

tutelan mediante la exigencia de denuncia: ambos se identifican plenamente, ya que se refieren a la intimidad de la víctima. En otras palabras, resulta obvio que una persecución pública indiscriminada colisionaría con el bien jurídico, por lo que, a diferencia de lo que sucede en otros delitos, aquí sí se puede afirmar que la victimización secundaria supondrá sin duda una continuación de la primaria[1145]. Con todo, a mi juicio, la absoluta disponibilidad que tiene la víctima en estos casos sobre el inicio y la finalización del procedimiento[1146], no dice nada sobre la tipicidad o atipicidad de la conducta, ni tampoco sobre su mayor o menor gravedad, sino que únicamente expresa que el legislador ha comprendido el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, confiriéndole a su titular la capacidad de decidir sobre la actuación del *ius puniendi.*

Pues bien, como se viene diciendo, en materia de violencia de género y doméstica, se ha suprimido la exigencia de denuncia en algunos delitos en los que se encuentra prevista (delitos leves de lesiones, amenazas y coacciones, así como en el delito de *stalking).* El objetivo de *publificar* la persecución en este ámbito es otorgar a las víctimas "un nivel de protección más elevado"[1147]. No obstante, en los delitos contra la intimidad y los de agresión y acoso sexuales, a pesar de que se han introducido tipos agravados en supuestos de VGD (arts. 197.7 *in fine* y art. 180.1. 4.ª CP), se ha mantenido el requisito de perseguibilidad. A mi modo de ver, es posible que este trato diferenciado se deba a que en estos delitos todavía se entiende que la intimidad de las víctimas debe prevalecer sobre el interés del Estado en la persecución y castigo de los delitos. Es decir, que se comprende que en estos casos una persecución pública para "proteger mejor" a las víctimas de VGD podría suponer una afectación excesiva de sus derechos fundamentales.

En relación con esto último, debemos mencionar una reciente sentencia del Tribunal Constitucional en la que se ha valorado si la perseguibilidad de oficio puede

---

[1145] Como señala MORALES PRATS, "nos encontramos con la necesidad de salvaguardar la esfera íntima del individuo que, una vez dañada por el delito, podría verse nuevamente perjudicada por la intervención pública del derecho penal. La prueba del hecho, y por tanto su publicación, podrían aumentar el mal e incluso acarrear otro mayor que, sobre el bien jurídico protegido, ya ocasionó la infracción" (MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984, pp. 317-318). *Vid*., en el mismo sentido: LANZAROTE MARTÍNEZ, P., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en: DEL MORAL GARCÍA, A. (Dir.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018, p. 1191.

[1146] Recordemos que el art. 201.3 CP establece que el perdón de la víctima extingue la acción penal, salvo en los casos en los que concurran una pluralidad de víctimas o se vean afectados intereses generales, en cuyo caso podrá promover la acción penal el Ministerio Fiscal.

[1147] *Vid.* preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo (apartado XXII, párrafo 4).

suponer una afectación desproporcionada del derecho a la intimidad de las víctimas: la STC 75/2024, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2024:74), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Vox contra el nuevo delito de acoso antiabortista del artículo 172 *quater* del CP[1148]. Entre los motivos del recurso, se afirma que la persecución pública que establece el apartado quinto del citado precepto resulta inconstitucional por afectar a la intimidad de las víctimas que podrían preferir conservar su anonimato. El recurso argumenta lo siguiente:

> "Resulta prioritario mantener la confidencialidad de las víctimas del delito previsto en el art. 172 *quater* CP, en particular, cuando la división ideológica que separa a partidarios y detractores de la interrupción voluntaria del embarazo sugiere la voluntad de muchas personas de preservar su opinión. Sin embargo, el legislador no garantiza esa intimidad al prever la persecución de oficio en el apartado 5 del nuevo art. 172 *quater* CP, previsión que consiente que para iniciar un proceso penal dirigido a investigar los hechos que pudieran afectar a tales mujeres o trabajadores, se prescinda de su misma voluntad, cuando esta es contraria, en la mayoría de los casos al inicio de un largo proceso penal y a la inevitable exposición pública asociada a aquel. Si el delito es perseguible de oficio, los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes […] desapoderando a la posible víctima de su derecho a la intimidad, y privándola de la facultad de renunciar a un proceso en el que, necesariamente, se va a ver involucrada"[1149].

Por su parte, la Abogacía General del Estado (AGE) recuerda que la perseguibilidad condicionada a la voluntad de la víctima constituye una excepción en nuestro sistema procesal penal y que "la decisión legislativa de optar por una u otra forma de perseguibilidad no es una cuestión constitucionalmente determinada", por lo que alegar la inconstitucionalidad de un determinado régimen de persecución carece de

[1148] Con carácter general, la doctrina se ha mostrado muy crítica con la creación de este delito. *Vid*., entre otras, GARCÍA ARROYO, C., «El nuevo delito del art. 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico», *Revista Penal*, n.º 53, 2024, pp. 93 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., (19 de agosto de 2022) «Acoso antiabortista y libertad de expresión», *Almacén de Derecho*, Disponible en: https://almacendederecho.org/acoso-antiabortista-y-libertad-de-expresion (fecha de última consulta: 29.3.2025).

[1149] *Vid.* apartado I ("Antecedentes", 2.D) de la sentencia citada.

fundamento[1150]. Según la AGE, los recurrentes confunden la intimidad "con la victimización secundaria que podría producirse como consecuencia de la publicidad del proceso. Este riesgo entra dentro de los que valora el legislador y la opción legislativa de no condicionar la perseguibilidad de un delito a la voluntad de la víctima es plenamente legítima, que en ningún caso supone atentar contra su derecho a la intimidad"[1151]. Además, se recogen varios argumentos que coinciden con los que alega la doctrina que se posiciona a favor de la persecución pública de los delitos sexuales:

> "En este caso se justifica la persecución de oficio porque la interrupción voluntaria del embarazo está sujeta a un vivo *debate público*, razón por la que muchas mujeres podrían optar por no formular denuncia frente a quienes, mediante el acoso, trataron de obstaculizar su derecho a interrumpir su embarazo, por temor a exponer su propia intimidad. En esta situación el Estado podría optar entre configurar el delito como delito privado, *facilitando que el temor favorezca la impunidad*, o garantizar el libre ejercicio del derecho, protegiendo a las víctimas de los actos de acoso a que se ven sometidas. La opción adoptada por el legislador es constitucionalmente legítima, existiendo un *interés público* en la persecución penal de estos delitos con *fines de prevención general,* debiendo establecerse otros medios de protección para salvaguardar la intimidad de las víctimas en el curso del proceso penal"[1152].

Como puede apreciarse, se hace referencia a la necesidad de intervenir penalmente en aquellos casos en los que las víctimas sientan "temor", argumento que recuerda al de las presiones y amenazas (*supra* IV). Según se afirma, la persecución de oficio sirve para garantizar el libre ejercicio del derecho al aborto, mientras que la exigencia de denuncia implica la desprotección de las víctimas y la impunidad de los victimarios. Por otro lado, se alude al clásico argumento de las necesidades preventivo-generales (*supra* V), así como al de que pueden articularse otras medidas que protejan la intimidad de las víctimas durante el proceso penal *(supra* III.1).

[1150] *Vid.* apartado I ("Antecedentes", 7.c).

[1151] *Ibidem.*

[1152] *Ibidem.* La cursiva es añadida.

Finalmente, el TC declara la constitucionalidad del apartado quinto del artículo 172 *quater*, pero para ello acude a argumentos distintos a los formulados por la AGE. En primer lugar, da por sentado que "la persecución de oficio del comportamiento punible en este caso puede suponer, eventualmente, una incidencia en el derecho a la intimidad de la víctima"[1153]. A continuación, considera que debe analizarse si dicho "sacrificio" es proporcionado en atención a que con él se alcance la protección de algún interés superior, es decir, realiza un juicio de proporcionalidad y afirma que, para estimar si la afectación del derecho a la intimidad es constitucional, esta ha de cumplir los siguientes requisitos: debe estar "fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional", revelarse "necesaria para lograr un fin legítimo", ser "proporcionada para alcanzarlo" y, además, ser respetuosa con el contenido esencial del derecho[1154]. Según afirma el TC, la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes y, en este caso, estima que "la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana"[1155].

Resulta también muy interesante la justificación que da el TC sobre cuál es el interés público que se pretende proteger con la persecución y el castigo del acoso antiabortista, pues recoge uno de los argumentos que emplean los feminismos que reivindican la persecución de oficio de la violencia sexual:

> "Si bien la persecución de oficio del comportamiento punible en este caso puede suponer, eventualmente, una incidencia en el derecho a la intimidad de *la víctima* que, por la razón que sea, ha decidido no denunciar y, por tanto, no exponer esa esfera de sus vivencias en torno a la decisión de ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, *ese sacrificio se justifica por el interés público* propio de la investigación del delito y porque el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo *no tiene una dimensión estrictamente privada* sino también una *proyección general* relacionada con la *garantía*, como ya se ha expuesto, *al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la*

[1153] FJ 6, apartado b).

[1154] FJ 6, apartado a).

[1155] *Ibidem.*

salud sexual y reproductiva, en un contexto social en el que el ejercicio de este derecho por las mujeres aún experimenta dificultades estructurales"[1156].

De este modo, el TC está justificando "sacrificar" los intereses de las víctimas concretas en pro de los intereses de "las mujeres", porque está priorizando la defensa de intereses colectivos (la igualdad de género en un contexto social de discriminación) frente a los intereses individuales de las mujeres que acuden a las clínicas a abortar. Además, se parte de la idea de que el recurso penal es la vía más idónea para garantizar el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, tras la aplicación del mencionado "test" de proporcionalidad, concluye lo siguiente:

> "La previsión impugnada, al establecer una persecución de oficio de este delito, contiene una *medida idónea y necesaria* para los fines que persigue, en el sentido de que es instrumentalmente apta para evitar una desprotección del interés público en la persecución y sanción de este tipo de conductas, *no resultando evidente la existencia de medidas menos restrictivas del derecho a la intimidad personal para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador*"[1157].

Por último, el TC acude al argumento, también apuntado por la AGE, de que no es necesaria la persecución previa denuncia porque ya existen otras medidas en la normativa procesal que garantizan el derecho a la intimidad de las víctimas. Ello le sirve para establecer que la intromisión en la intimidad no es desproporcionada en sentido estricto, por lo que la persecución de oficio quedaría justificada:

> "Se aprecia que esta norma resulta *proporcionada en sentido estricto*, ya que no concurre un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el alcance de la incidencia en el derecho a la intimidad de las eventuales víctimas, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, por otro. A esos efectos, cabe destacar que *el propio ordenamiento*, a pesar de dar prevalencia al interés público en la persecución de ciertas conductas ilícitas frente a la eventual voluntad de la víctima de mantener en su ámbito de intimidad la circunstancia de haber sido el posible sujeto pasivo de un delito, *establece*

[1156] *Vid.* FJ 6, apartado b). La cursiva es añadida.

[1157] *Ibidem.* La cursiva es añadida.

elementos de protección específicos, entre los que cabe destacar, por ejemplo, el art. 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, en el que se impone a todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso penal la adopción, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, de las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares, que aparecen desarrolladas en la normativa procesal"[1158].

Pues bien, lo cierto es que toda esta fundamentación desarrollada por el TC para justificar la constitucionalidad de la perseguibilidad de oficio del delito no hubiera sido necesaria pues, como advierte la AGE, esta es la regla general en nuestro ordenamiento y se trata de una decisión legislativa legítima. De esta misma opinión es el Magistrado Ricardo Enríquez Sancho, que en su voto particular expresa su preocupación ante los argumentos formulados por la mayoría y considera que la doctrina constitucional derivada de esta sentencia es "incorrecta y peligrosa", por las consecuencias que puede acarrear:

> "Si mis compañeros se creen sus propios argumentos, con esta sentencia no solo han declarado constitucional el carácter público de este nuevo delito, con lo que estoy de acuerdo, sino que además *han declarado también implícitamente inconstitucional su alternativa, es decir, la posible toma en consideración de la voluntad de la víctima*, que, sin embargo, se toma en consideración para delitos tan graves como el de practicar la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento (art. 161.2 CP) o los de agresión y acoso sexuales (art. 191 CP). Si el carácter público del delito es la alternativa idónea, menos restrictiva y además proporcionada en sentido estricto para proteger el «libre ejercicio» de la decisión de abortar –dotada, además, desde la STC 44/2023 de rango de «derecho fundamental»– forzoso será concluir que el eventual carácter privado o semiprivado del delito no protege adecuadamente ese derecho.
>
> Tal como acabo de exponer, para llegar a su conclusión la sentencia parte de una aplicación del principio de proporcionalidad al control abstracto de constitucionalidad de las leyes que *desborda la obligada restricción que desde sus primeras resoluciones este tribunal viene imponiéndose, hasta poder*

[1158] *Ibidem.* La cursiva es añadida.

> *llegar a convertirlo de hecho en colegislador.* Porque si, como dice la sentencia, la decisión del legislador es no solo necesaria, sino que no existen alternativas menos restrictivas eso significa que nos atribuimos la facultad de adentrarnos en unas valoraciones que corresponden al legislador y que si en este caso coinciden con él en otro pudieran discrepar, con la lógica consecuencia de que serían las valoraciones de este tribunal las que habrían de prevalecer"[1159].

Todas estas advertencias son muy oportunas, por varias razones. En primer lugar, porque si se afirma que el interés público en la persecución y castigo de los delitos debe prevalecer sobre el derecho a la intimidad de las víctimas, y si este último deja de percibirse como un bien irrenunciable y no ponderable, se desvanecerá el fundamento constitucional que hemos defendido que presenta la perseguibilidad a instancia de la víctima en el caso de los delitos de agresión y acoso sexuales. En realidad, como ya se ha anotado, si se apuesta por la persecución de oficio no sería necesario derogar el artículo 191.1 CP, sino que bastaría con que los fiscales interpretasen que, en la ponderación de intereses en juego que prevé el precepto, el interés punitivo será en todo caso más relevante que el interés de la víctima. Además, en esta sentencia se observa expresamente cómo esta última es sacrificada para lograr fines sociales superiores, instrumentalizando a las mujeres que sufren la violencia para, según se afirma, mejorar la situación de todas las demás.

En segundo lugar, porque parece que se recurre al juicio de proporcionalidad para llevar a cabo una ponderación entre el derecho a la intimidad y el "derecho" a que el Estado garantice penalmente la posibilidad de abortar sin sufrir ningún tipo de presión durante el proceso. A mi juicio, se parte de un planteamiento erróneo al asumir que la mejor manera de garantizar el libre ejercicio del derecho al aborto es mediante la protección penal, mientras que *es precisamente la protección de la intimidad de las mujeres que quieren abortar la que contribuye a una mejor garantía del derecho*, tal y como viene señalando la OMS[1160]. Por el contrario, la persecución penal de oficio del

---

[1159] *Vid.* Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5041-2022, apartado tercero.

[1160] Como expresamente afirma el Preámbulo de la LO 4/2022, "la Organización Mundial de la Salud promueve la práctica de abortos seguros, lo que supone no solo la disponibilidad de los servicios para practicarlos sino también la forma en la que se suministran y el tratamiento que se ofrece a las mujeres en ellos, incluida la confidencialidad y la privacidad en la toma de decisiones por las mujeres, por lo que

acoso antiabortista no protege a las mujeres que acuden a las clínicas de aborto, las cuales pueden estar pasando por situaciones complejas que las obliguen a abortar de manera confidencial. La criminalización, de nuevo, parece que resuelve el problema, pero se queda en un plano simbólico, y puede acarrear más inconvenientes que soluciones para las víctimas. Imagínese, por ejemplo, que un proceso penal contra un grupo antiabortista acusado por el delito del art. 172 *quater* se mediatiza y una horda de usuarios provida comienzan a increpar a la víctima a través de las redes sociales. Resulta bastante llamativo que el legislador y el TC consideren que esta es la medida "más idónea" para garantizar el derecho de las mujeres a abortar y que llegue a afirmarse que no existen otras soluciones posibles.

Algunas de las objeciones que formula el voto particular coinciden con las críticas de la doctrina que se opone a la existencia de obligaciones de tutela penal (*vid.* Capítulo I.III.1). En efecto, se teme que, mediante este tipo de supervisión de las reformas penales, el órgano constitucional acabe reescribiendo el Código penal, lo cual es bastante cuestionable si se tiene en cuenta que el mismo no goza de la legitimidad democrática que únicamente ostenta el poder legislativo. Como señala el magistrado discrepante, esta resolución convierte "opciones legales legítimas" en "imperativos constitucionales"[1161]. El TC debería haberse limitado a recordar que el régimen de persecución elegido entra dentro del "margen de apreciación del legislador", que le permite "otorgar preferencia al interés público en la persecución de este tipo de delitos por legítimas razones de oportunidad que este tribunal no debe enjuiciar ni suplantar", pero sin convertir en obligada la persecución pública[1162].

Como ya se dijo, esta crítica es que la que se conoce como "objeción democrática" a la existencia de obligaciones de tutela penal. Sin embargo, en mi opinión, frente a esta

---

recomienda, entre otras cuestiones, la señalización discreta de la ubicación de los servicios de aborto". Asimismo, añade que la OMS recomienda "dotar de discreción al entorno del centro sanitario para asegurar la confidencialidad de las mujeres, su libre decisión y su derecho a un aborto seguro". En relación con este tema, GARCÍA ARROYO afirma que "si la *ratio criminis* según el preámbulo de la LO 4/2022 es precisamente el establecimiento de un espacio de seguridad en el entorno de las clínicas abortivas y proteger la intimidad de las mujeres según declara la OMS, esta reforma del artículo 172 *quater* no lo garantiza, porque ello no se puede conseguir con la conminación penal" (GARCÍA ARROYO, C., «El nuevo delito del art. 172 quater…» cit., pp. 93-94). *Vid*., en el mismo sentido, MARTÍNEZ GARAY, L., «Los derechos fundamentales a la protección penal…» cit., en prensa.

[1161] *Vid.* apartado tercero del voto particular anteriormente citado.

[1162] *Ibidem.*

construcción del TC también puede formularse una "objeción liberal", pues en esta sentencia se está abandonando la perspectiva tradicional de los derechos fundamentales como límites del *ius puniendi*, ya que no se está valorando la posible vulneración de derechos fundamentales del reo, sino que se está pensando en la protección de las víctimas. Sin embargo, estas últimas no son las mujeres concretas que acuden a las clínicas y sufren el acoso, sino que se está pensando en "las mujeres" como colectivo (aquellas que, potencialmente, deseen abortar). De esta forma, se produce un giro de 180º en la lógica de los derechos fundamentales, que pasan de ser una protección de la persona *frente* al poder punitivo, a convertirse en derechos de protección de la sociedad *mediante* el mismo.

Es decir, se afirma que el Estado, para garantizar adecuadamente la protección de "las víctimas", debe perseguir públicamente el delito. *A sensu contrari*o, ello implicaría que la exigencia de denuncia constituye una protección deficiente. A mi juicio, el Tribunal Constitucional está aplicando una especie de "principio de proporcionalidad inverso", ya que no se pregunta por los posibles excesos del *ius puniendi*, sino que la pregunta es "si es inconstitucional no proteger penalmente un derecho fundamental u otro bien constitucional en virtud de su propia proclamación constitucional"[1163]. En efecto, en la sentencia analizada, el TC ha establecido que el derecho al libre ejercicio del aborto –que considera un derecho fundamental– solo puede protegerse mediante la intervención penal de oficio, por lo que la no persecución podría percibirse como una vulneración (por omisión) de este derecho fundamental.

Como ha señalado LASCURAÍN SÁNCHEZ, un principio de proporcionalidad inverso entendido en este sentido demandaría al legislador "mayores restricciones de bienes y derechos constitucionales si con ello se obtienen mayores beneficios de bienes y derechos constitucionales"[1164]. Pues bien, en mi opinión, la criminalización del acoso antiabortista y su configuración como delito público no cumple este juicio de proporcionalidad inverso pues, incluso aunque admitiésemos que el TC puede imponer al

[1163] *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad…» cit., p. 306, que rechaza la existencia de este principio.

[1164] El citado autor descarta que nuestro sistema constitucional funcione así, ya que "no tenemos al legislador democrático atado de manos por un proyecto ya prefigurado en cierto modo por el Constituyente. La Constitución dejaría de ser un marco para la pluralidad para convertirse en algo así como una hoja de ruta" (*ibidem*).

legislador estas obligaciones, la persecución penal de oficio no obtiene como beneficio una mejor protección del derecho al aborto, sino que, por el contrario, la empeora. La publicidad que conlleva el proceso penal no solo afecta a la víctima concreta del delito del art. 172 *quater*, sino que puede perjudicar también a aquellas "mujeres potenciales" que necesiten que no se conozca su decisión para poder abortar en condiciones de seguridad. Existen vías mucho más idóneas, necesarias y proporcionadas para garantizar este derecho, pero la solución penal de nuevo se presenta como la panacea para dar respuesta a situaciones complejas que requieren que el Estado de bienestar esté presente. No obstante, el TC ni siquiera lleva a cabo una evaluación de estas vías alternativas de protección[1165].

Como acertadamente ha advertido MARTÍNEZ GARAY, el fenómeno de los grupos provida que presionan a las víctimas en las puertas de las clínicas de aborto privadas, "se produce en un contexto que lo propicia muy claramente"[1166]. En efecto, como refiere la citada autora, más del 80% de los abortos se producen en clínicas fácilmente identificables. En cambio, si se llevasen a cabo en hospitales públicos, "las mujeres que acudieran a interrumpir su embarazo no serían identificables, y tendría poco sentido que los grupos provida acudiesen a las puertas de todos los centros médicos del país a protestar"[1167]. Como concluye la autora, "utilizar el Derecho penal para garantizar (mejor dicho: aparentar que se garantiza) el derecho de las mujeres a llevar a cabo las interrupciones voluntarias del embarazo (IVEs) en condiciones de dignidad es una excusa que permite seguir sin afrontar el problema (mucho más complicado) de dotar de medios suficientes al sistema sanitario público para que las IVEs puedan realizarse discretamente en sus instalaciones y con su personal"[1168].

En definitiva, establecer la persecución penal pública como la única vía (idónea, necesaria y proporcionada) para proteger el libre ejercicio del derecho al aborto, así como afirmar que este interés público debe primar sobre los intereses de las víctimas del delito, tiene importantes consecuencias sobre la fundamentación de las herramientas de

---

[1165] Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, las obligaciones de tutela penal suponen "afirmar que el recurso penal es necesario para la protección de un derecho fundamental o de otro bien constitucional" lo que implica "la evaluación de políticas públicas alternativas de protección…" (*ibidem*, p. 314).

[1166] MARTÍNEZ GARAY, L., «Los derechos fundamentales a la protección penal…» cit., en prensa.

[1167] *Ibidem.*

[1168] *Ibidem.*

perseguibilidad privada. Si se considera que el acoso antiabortista debe perseguirse de oficio, ¿por qué no también el delito de *stalking* del art. 172 *ter* o el nuevo delito de acoso callejero del art. 173.4 del CP? Estas diferencias en los requisitos de perseguibilidad de las diferentes figuras de acoso representan una falta de coherencia sistemática.

Pero ¿puede trasladarse esta doctrina a nuestro objeto de estudio? ¿O los intereses de la víctima de un delito de agresión o acoso sexuales tienen un mayor peso frente a la persecución penal que los de las víctimas de un delito de acoso antiabortista? Pues bien, si se acude al fundamento del art. 191.1 CP, podría argumentarse que la intimidad sexual es distinta a la intimidad que se protegería mediante una eventual persecución semipública del acoso antiabortista. Sin embargo, lo cierto es que los bienes jurídicos que se tutelan en ambos casos presentan una fuerte conexión con el derecho a la intimidad y con los mencionados "contenidos personalísimos de autorrealización personal"[1169], del mismo modo que sucede en el delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer del art. 161 CP. Como indicábamos al principio de este apartado, la exigencia de denuncia del art. 161.2 CP protege la intimidad de la víctima y del *nasciturus*, así como otros intereses sociales y familiares. ¿Por qué la intimidad de las víctimas y de los concebidos no nacidos es menos importante en el art. 172 *quater*? Imagínese que, finalmente, la mujer que acude a la clínica decide no abortar. ¿No debería pensarse también en la intimidad de esa persona que va a nacer? El paralelismo entre el artículo 172 *quater* y el 161 es evidente, pues ambos protegen decisiones de las mujeres relacionadas con su reproducción. Sin embargo, cuando se practica una reproducción asistida sin el consentimiento de la víctima, la decisión sobre si se persigue o no al culpable se deja en sus manos para proteger su intimidad, mientras que cuando se obliga a las mujeres a que no aborten, la persecución del culpable es pública en todo caso.

En mi opinión, esto podría suponer un trato discriminatorio, máxime si tenemos en cuenta que, como señala DE LA CUESTA AGUADO, existe "una diferencia sustancial

[1169] En el caso del delito de acoso antiabortista, el bien jurídico protegido es "la libertad de obrar de las mujeres –y de los profesionales de la medicina–, siendo entonces la conducta que se pretende evitar la del ejercicio de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, parece que también se pretende proteger, al menos de forma indirecta, otros bienes jurídicos –p.e. el derecho a la intimidad que podría quedar afectado por los grupos organizados que habitualmente abordan a las mujeres que acuden a las clínicas acreditadas para la interrupción del embarazo, mostrándoles fotografías de fetos y que lanzan proclamas contra el aborto–" (LLOBET ANGLÍ, M., GARCÍA DEL BLANCO, M. V., «Delitos contra la libertad», en: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025, p. 1037).

en el *status* social de las personas que intervienen en la fecundación y en el aborto", ya que las mujeres que acuden a las clínicas de reproducción asistida "son mujeres que están dispuestas a gastarse auténticas fortunas en someterse a intervenciones que den lugar al hijo; suelen contar con el apoyo de los maridos, que son causa en muchas de las ocasiones de que no pueda producirse la fecundación, por lo que no se trata de víctimas de situaciones dramáticas" (como en las que en ocasiones se encuentran las mujeres que deciden abortar, debido al grave rechazo que todavía genera el aborto en algunos sectores de la sociedad)[1170]. ¿Acaso tienen las mujeres de clase alta más derecho a que se respete su intimidad en lo referente a asuntos relativos a la reproducción?

Por todo ello, estoy de acuerdo con el magistrado discrepante cuando afirma que, al declarar la constitucionalidad del art. 172 *quater* de esta manera tan extraña, está indirectamente declarando la inconstitucionalidad de los arts. 191.1 y 161.2 CP. En efecto, si aquello constitucional es la persecución de oficio, la no persecución supondrá un incumplimiento de las obligaciones de tutela penal, pues se produce una desprotección de "las víctimas" que no quedaría justificada por razones de intimidad (y mucho menos por otras razones que pueda tener la víctima concreta).

VIII. CONCLUSIONES

La perseguibilidad de los delitos de agresión y acoso sexuales constituye una *rara avis* en nuestra legislación penal, en la que la regla general es la persecución de oficio y donde los delitos cuya persecución requiere denuncia de la víctima son en su inmensa mayoría infracciones leves. La doctrina mayoritaria considera que dejar en manos de la víctima el castigo de delitos tan graves e intolerables contradice la indudable naturaleza pública del Derecho penal, por lo que convendría derogar el artículo 191.1 del Código Penal para acabar con esta anomalía. Sin embargo, esta disposición no debería observarse como una privatización de la justicia penal porque, como acertadamente ha señalado ALONSO RIMO, los intereses de las víctimas son también intereses públicos. Es decir, la garantía de sus derechos individuales forma parte también del "papel" del Estado. Por

[1170] *Vid.* DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 59.

tanto, el legislador penal debe tenerlos en cuenta al determinar el régimen de persecución de un delito, pues su tutela redunda en una mejor protección del interés general. Como hemos visto, estos intereses de las víctimas, que son su derecho a la intimidad y la necesidad de prevenir la victimización secundaria, encuentran respaldo en la Constitución, por lo que son bienes socialmente relevantes[1171].

Conviene insistir en que actualmente son estas las razones que justifican la exigencia de denuncia, y no otros motivos como los que se alegaban cuando estos delitos eran considerados atentados contra la honestidad (la paz de las familias, la reputación de las víctimas, su valor en el mercado matrimonial, etc.). Es importante resaltar esta cuestión porque con frecuencia la doctrina afirma que, tras la reforma de 1989 que introdujo la libertad sexual como bien jurídico protegido, debería haberse establecido la persecución de oficio, pues la perseguibilidad previa denuncia es simplemente una herencia de una concepción privada y patriarcal de la violencia sexual.

No obstante, a mi juicio, estas posturas parten de un planteamiento equivocado, pues no tiene por qué existir una identificación plena entre el objeto de protección del delito y los intereses que se tutelan mediante la exigencia de denuncia. Además, aunque ambos aspectos no se identifiquen plenamente en la actualidad, sí que se encuentran estrechamente relacionados, ya que se identifican con componentes "personalísimos de autorrealización personal". Esta tesis defendida por DÍEZ RIPOLLÉS es muy acertada, pues la protección de la intimidad sexual y del bienestar psíquico de la víctima contribuye a una mejor tutela de la libertad sexual. Es decir, la perseguibilidad previa denuncia supone, sin duda, una "correcta comprensión" del bien jurídico. Además, debemos recordar que este no es el único bien jurídico que se tutela en los delitos sexuales, sino que también suele hacerse referencia a la intimidad y a la dignidad, por lo que la vinculación en este caso entre la fundamentación del 191.1 CP y el bien jurídico sería todavía mayor. Es más, si se acepta este planteamiento creo que incluso habría motivos para plantearse la posibilidad de extender el régimen del art. 191.1 a todo el Título VIII.

[1171] El primero se encuentra consagrado en el art. 18 CE y, el segundo –aunque no se reconozca expresamente en la Constitución un derecho a no sufrir revictimización–, está conectado con bienes de relevancia constitucional, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), la integridad moral (art. 15 CE) o la autoestima (como parte del derecho al honor, art. 18 CE).

Así las cosas, esta comprensión del objeto de protección explicaría que las agresiones sexuales y la difusión no consentida de imágenes íntimas sean infracciones en las que, a pesar de haberse incorporado tipos agravados aplicables a supuestos de violencia de género y doméstica (arts. 180.1. 4.ª y 197.7 *in fine* CP), no se haya establecido una persecución de oficio. Como vimos en el Capítulo II, la inmensa mayoría de los delitos semipúblicos se transforman en públicos cuando se refieren a este fenómeno criminal. Sin embargo, en estos dos delitos, que se encuentran estrechamente relacionados con aspectos íntimos, se ha dejado que sean las víctimas las que decidan sobre la persecución penal.

Por otro lado, por lo que se refiere al argumento según el cual la condición de procedibilidad fomenta que las víctimas se vean sometidas a amenazas, entiendo que se trata de un problema que no desaparecería con una reforma de la perseguibilidad –porque, como estas conductas generalmente ocurren en contextos privados, aunque el delito fuera público, con frecuencia solo se podría perseguir si la víctima lo denunciara–, por lo que suprimir el artículo 191.1 CP sería puro Derecho penal simbólico si no se acompaña de otro tipo de medidas. De hecho, la cláusula de la ponderación de "intereses en presencia" que actualmente prevé el precepto puede servir para fiscalizar si la voluntad de la víctima de no denunciar es una decisión tomada de forma libre o si, por el contrario, se encuentra en una situación en la que tiene miedo de su agresor y por ello no desea declarar contra él. De todas formas, como ha destacado LIBANO BERISTAIN, tampoco en estos casos deberá perseguirse el delito de forma automática, sino que es imprescindible llevar a cabo una valoración individualizada de la víctima para poder atender a sus necesidades. Además, considero que la regulación actual previene la victimización secundaria, pues permite a las víctimas retirarse del proceso sin resucitar la eficacia del perdón. Esto último se ha facilitado a través de la LOGILS, que ha hecho posible que la declaración de la víctima sea grabada durante la fase de investigación para ser posteriormente reproducida en el juicio oral (art. 26 EV).

En cuanto a los problemas de prevención general y especial, la doctrina reiteradamente señala que no perseguir públicamente el delito puede transmitir una sensación de impunidad. Sin embargo, de nuevo nos encontramos con el problema de que, en la práctica, difícilmente se va a poder condenar a alguien por un delito sexual si la víctima no colabora pues, en la mayoría de los casos no existen otras pruebas, lo que

hace que su testimonio sea fundamental. Por ello, la formación en perspectiva de género interseccional de los operadores jurídicos puede ser una mejor vía si lo que se pretende es lanzar el mensaje (a los potenciales agresores y a la sociedad en general) de que el sistema penal está dando respuesta a este problema, pues las víctimas se verían respaldadas cuando acuden a declarar, lo cual fomentaría la denuncia. De lo contrario, los delitos sexuales seguirán formando parte de la "violencia invisible", por más que se derogue el artículo 191.1 CP. Además, coincido con ALONSO RIMO cuando afirma que vulnerar los derechos de la víctima para proteger a las víctimas potenciales o futuras presenta serios problemas desde un punto de vista garantista, pues si los derechos fundamentales del reo son límites frente a las injerencias del *ius puniendi*, los de las víctimas también deberían serlo.

Por último, hemos afirmado que la gravedad de estos delitos es uno de los argumentos más sólidos en contra del artículo 191.1 CP. Un sector doctrinal mayoritario considera que los requisitos de perseguibilidad únicamente están justificados en casos de delitos leves con escasa trascendencia jurídico-criminal, pero nunca ante unas conductas castigadas con elevadas penas de prisión. Pues bien, aunque es cierto que puede llamar la atención este trato diferenciado, si los delitos sexuales se excluyen de la regla general es precisamente porque se comprende que un ataque a la libertad sexual presenta una connotación diferente a una ofensa a otros bienes jurídicos (como, por ejemplo, la integridad física, la libertad o la propiedad). Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, el Derecho penal sexual está afectado por un "condicionamiento sociocultural significativo", que no está presente en otros delitos: que "el comportamiento sexual pertenece al ámbito íntimo de las personas"[1172].

Pero, además, convendría reflexionar sobre por qué estos delitos se consideran tan graves, y por qué alcanzan penas cercanas a las del homicidio. Si ya no estamos en los tiempos de la honestidad, ¿por qué continúa pareciendo más grave sufrir una violación que otro tipo de delitos? Desde los feminismos antipunitivistas se ha denunciado que esta concepción no es reparadora para las víctimas y que fomentan la idea de que tus experiencias sexuales determinan tu reputación y condicionan toda tu vida. Como afirma DESPENTES, cuando una mujer reconoce que ha sido víctima de una violación, todo el

[1172] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección…» cit., p. 72.

aparato de vigilancia se activa ya que se continúa pensando que "una mujer que quisiera ser realmente digna habría preferido dejarse matar"[1173]. En una sociedad que todavía piensa así, resulta lógico que las víctimas opten en ocasiones por una gestión privada del conflicto.

Deben descartarse, asimismo, aquellas propuestas doctrinales que vinculan la exigencia de denuncia con el consentimiento de la víctima, pues, aunque la libertad sexual o la intimidad sean bienes jurídicos completamente disponibles, que la víctima no denuncie no significa que no se haya producido una lesión, pues pueden existir muchos motivos por los cuales la parte agraviada prefiera no acudir al sistema penal. En mi opinión, lo mismo puede decirse respecto de otros delitos, como el nuevo delito de acoso callejero del art. 173.4 CP, pues que la víctima del delito no lo denuncie en ningún caso significa que no le haya creado "una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria", pero a lo mejor simplemente prefiere olvidarlo y ahorrarse el paso por el proceso. Por eso mismo, entiendo que el nuevo delito de acoso antiabortista del art. 172 *quater* debería haberse configurado como una infracción semipública, teniendo en cuenta que los demás tipos penales que regulan formas de acoso exigen la denuncia de la persona agraviada, del mismo modo que sucede con el delito de reproducción asistida sin consentimiento (art. 161.2 CP), que también tutela una dimensión de la autonomía reproductiva de la mujer. Además, como hemos expuesto, en el acoso antiabortista la persecución penal no solo puede vulnerar el derecho a la intimidad de las víctimas, sino que indirectamente provoca una peor tutela del libre ejercicio del derecho al aborto.

Por último, el debate feminista en torno a la perseguibilidad demuestra que dentro del movimiento pueden existir distintas opiniones y que, como advierte LARRAURI, no debe presentarse al feminismo como un grupo "homogéneamente punitivo". Aunque estos planteamientos son los que "han llegado al poder"[1174], representan solo una parte del movimiento. Este sector es conocido como el "feminismo de la dominación" y, como señala SERRA, ha tenido una gran influencia en los instrumentos internacionales en materia de violencia contra las mujeres. Como vimos en el Capítulo I, estos centran la atención en las obligaciones de tutela penal, pues obligan a los estados firmantes a actuar

[1173] DESPENTES, V., *Teoría King Kong*, L'altra editorial, Barcelona, 2018, p. 49.

[1174] Expresión que hemos extraído del libro de URÍA RÍOS, P., *El feminismo que no llegó al poder: trayectoria de un feminismo crítico*, Talasa Ediciones, Madrid, 2009, citado a lo largo de este capítulo.

con la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de los delitos que se cometen por motivos de género, entre los que se encuentra la violencia sexual.

El pensamiento feminista es incómodo porque pone sobre la mesa asuntos de los que tradicionalmente no se hablaba, sacando a relucir problemáticas y roles de género que siempre se han considerado "naturales". Con el lema "lo personal es político" se trata de poner de manifiesto que en nuestras relaciones íntimas actuamos de una determinada manera porque pertenecemos a una sociedad que es, entre otras muchas cosas[1175], patriarcal. Como hemos visto, esta perspectiva ha sido incorporada en la LOGILS, que afirma que con cada agresión se reafirma el orden patriarcal, por lo que la respuesta a la violencia sexual debe "emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado". Desde algunos sectores se ha dicho que una derogación del artículo 191 del CP hubiera sido más coherente con este planteamiento, pues las agresiones y el acoso sexual ya no se perciben como un problema individual, sino social.

Ahora bien, que la violencia contra las mujeres ahora sea un asunto público, no implica que necesariamente deba ser un asunto penal. Desde los feminismos garantistas y abolicionistas de la cuestión penal se viene advirtiendo de que el recurso al Derecho penal acarrea más problemas que soluciones tanto para las víctimas a las que se pretende ayudar, como para la consecución de los fines feministas. En primer lugar, porque individualiza el problema y lo convierte en un conflicto *inter partes*. Como afirma PITCH, el sistema penal colectiviza el problema, pero "privatiza sus causas". Es decir, con la criminalización se omite la explicación estructural y social, porque el Derecho penal solo necesita a una víctima y a un culpable. En este sentido, debe tenerse en cuenta el alto grado de selectividad con el que actúa el poder punitivo, por lo que se perpetúa la idea de que el violador es "el otro" y no alguien de nuestro entorno cercano (lo cual, como es sabido, es un mito). En segundo lugar, porque de esta forma se crea género: el carácter productivo de la norma fomenta una imagen de mujer-víctima *vs* hombre-agresor que resulta funcional al sistema, consolidando la idea de que las mujeres son débiles (paradoja de la vulnerabilidad). Como consecuencia, aquellas víctimas que no cumplen este rol no son reconocidas como tales, pues al salir de la prisión de la victimidad no pueden acceder

[1175] Desde una perspectiva feminista interseccional se debe añadir que también es clasista, racista, capacitista, homófoba, tránsfoba, gordófoba, etc.

a los mismos derechos que las que sí se ajustan al canon de la "víctima ideal". En tercer lugar, porque se trata a las mujeres como un grupo homogéneo, como si todas necesitasen lo mismo y estuvieran de acuerdo con una misma forma de enfrentar los conflictos.

Esto último queda muy bien reflejado en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el delito de acoso antiabortista pues, en lugar de escucharse lo que las víctimas concretas necesitan (las mujeres que van a abortar a clínicas privadas y sufren el acoso de los grupos provida), parece que es más importante transmitir el mensaje de que al Estado le preocupa el libre ejercicio del derecho al aborto de "las mujeres" en general. Sin embargo, de esta forma no solo no lo protege mejor, sino que, a mi juicio, lo desprotege más (pues deja de articular otras medidas que resultarían mucho más útiles, como por ejemplo garantizar que pueda realizarse el aborto en los centros generalistas de la sanidad pública, con la facilidad de acceso y la discreción que ello conlleva, al quedar el aborto –y las mujeres que acuden a practicarlo– diluido entre el resto de prestaciones sanitarias que se ofertan en estos centros, y entre el resto de tipos de pacientes que a ellos acuden). ¿Qué mensaje está transmitiendo el TC cuando asegura que la mejor solución para proteger los derechos fundamentales es el castigo? Estamos construyendo una sociedad punitiva, porque parece que es lo único que el Estado puede ofrecer ante la falta de otros recursos. Mediante el Derecho penal, parece que está presente, mientras abandona otras vías posibles y más eficaces.

Por último, es necesario abrir un debate sobre si realmente lo que protege mejor a las mujeres es desatender su voluntad y apostar por una persecución pública de los delitos que se cometen contra ellas. Esta es la tendencia del legislador de los últimos años, que persigue de oficio la violencia de género, prohíbe que en estos delitos pueda acudirse a procesos de mediación penal y ha eliminado la posibilidad de que las víctimas puedan acogerse a su derecho a no declarar contra familiares (*vid.* Capítulo II). Pues bien, si se considera que la violencia sexual es una forma de violencia contra las mujeres, se terminará equiparando el tratamiento que reciben las víctimas de este tipo de delitos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la LOGILS, que ha modificado el art. 3 del EV y ha extendido la prohibición de mediación a las víctimas de violencias sexuales. No está claro por qué en este contexto no se ha modificado el artículo 191 del CP: o bien ha pasado desapercibido, o se ha entendido que todavía existen suficientes razones como para

respetar los intereses de las víctimas. En cualquier caso, la perseguibilidad es un tema que ha recibido una escasa atención y sobre el que convendría reflexionar.

El feminismo de la dominación tiende a negar la agencia de las víctimas, pues parte de la idea de que todas las mujeres se encuentran sometidas (serán eternamente víctimas del sistema de dominación patriarcal), por lo que para ellas nunca existirá el libre albedrío. Sin embargo, desde un posicionamiento feminista antipunitivo, deben descartarse estos posicionamientos que infantilizan a las mujeres y fomentan el paternalismo penal. Desde una perspectiva reparadora, negar la agencia y la libertad no tiene nada de sanador ni de "empoderador". Por otro lado, desde los feminismos de la igualdad, se defiende que la persecución de oficio supondría equiparar la violencia sexual al resto de los delitos, transmitiendo a la sociedad el mensaje de que el Derecho penal sexual no tiene nada de especial. Sin embargo, a mi juicio, el Derecho penal y las concepciones sociales sobre la sexualidad siguen siendo patriarcales, por lo que esta equiparación total supondría instrumentalizar a las víctimas para conseguir un fin social, lo cual no puede aceptarse desde una perspectiva garantista. La solución no puede pasar por sacrificar los intereses de las mujeres concretas, incluyendo su derecho fundamental a la intimidad, para conseguir un supuesto bien mayor, que sin duda debe perseguirse (la igualdad de las mujeres en todos los planos, y su protección frente a las violencias sexuales), pero al que nos podemos acercar con otro tipo de medidas.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1.- La polémica sobre la forma de perseguir los delitos sexuales, si de oficio o a instancia de la víctima, es un asunto complejo que ha tomado una renovada importancia en los últimos años. El artículo 191.1 del Código Penal excluye de la regla general de la perseguibilidad de oficio a los delitos de agresión y acoso sexuales. A la luz de las importantes reformas que estos delitos han experimentado recientemente, así como de las exigencias que provienen del ámbito internacional, se hace necesario reflexionar sobre la necesidad de convertirlos en infracciones públicas que puedan perseguirse a instancia del Ministerio Fiscal con independencia de cuál sea la actitud de la víctima ante el proceso.

2.- La reforma de los delitos sexuales de 2022 no ha modificado este obstáculo procesal. La LOGILS ha adoptado una mirada de género en el abordaje de las violencias sexuales, incorporando en nuestro ordenamiento jurídico el punto de vista de distintos tratados internacionales suscritos por España que recogen un concepto amplio de violencia contra las mujeres, a diferencia de lo que sucede con la LOVG, que adoptó una visión excesivamente reduccionista de la violencia que se comete por motivos machistas. Los mencionados tratados internacionales establecen el deber de los Estados de actuar con la *debida diligencia* en la persecución y sanción de todas las formas de violencia contra las mujeres, entre ellas las violencias sexuales. Sin embargo, la LOGILS no ha modificado el artículo 191 CP, por lo que de momento nuestro ordenamiento jurídico sigue exigiendo (como regla general) la denuncia de la víctima para poder perseguir los delitos de agresión y acoso sexual.

3.- Según el TEDH, la exigencia de denuncia puede resultar contraria a las obligaciones estatales de protección penal en supuestos de violencia de género en la pareja. El principio de *debida diligencia* en la actuación del Estado ha sido desarrollado especialmente a través de su jurisprudencia, que ha establecido que la protección efectiva de algunos derechos convencionales requiere en ocasiones la adopción de medidas penales (teoría de las obligaciones positivas de tutela penal). En materia de delitos sexuales –que afectan el derecho a la vida privada consagrado en el art. 8 CEDH y pueden constituir una forma de malos tratos *ex* art. 3 CEDH– el tribunal de Estrasburgo ha

señalado que los Estados deben *criminalizar* cualquier acto sexual no consentido, llevar a cabo una *investigación* efectiva que conduzca al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los culpables, *celebrar un proceso penal*, *hacer efectivas las penas impuestas* y, por último, adoptar medidas preventivas para *evitar la comisión* de este tipo de delitos. Por lo que hace a la perseguibilidad, el TEDH ha adoptado una actitud contraria a que los Estados exijan la denuncia para perseguir delitos graves (como una violación) o delitos en los que existe un riesgo de reiteración delictiva. No obstante, según nuestro análisis, el *corpus* jurisprudencial del TEDH relativo a esta materia se circunscribe a supuestos de violencia en el ámbito de la pareja. En consecuencia, no resulta posible afirmar que el TEDH haya manifestado una oposición inequívoca a la perseguibilidad privada o semipública de la violencia sexual con carácter general.

4.- La normativa internacional se opone a que la persecución penal de la violencia contra las mujeres y la violencia sexual esté condicionada a la denuncia de la víctima. En este sentido, la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU ha asegurado que el delito de violación debe perseguirse públicamente, y considera que exigir que la víctima denuncie perpetúa la idea de que la violencia contra las mujeres y la violencia sexual es un problema privado y no público. El Convenio de Estambul, por su parte, dispone que las investigaciones y los procedimientos no deben depender "totalmente de una denuncia o demanda de la víctima" (art. 55). Asimismo, la Directiva de la UE sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica de 2024 señala expresamente que "los Estados miembros velarán por que la investigación o el enjuiciamiento de los actos de violación no dependan de la denuncia por parte de la víctima o su representante" (art. 15). Como puede apreciarse, en la Directiva ha desaparecido el adverbio "totalmente", por lo que, aparentemente, la voluntad de la víctima no puede jugar ya ningún papel en la persecución penal del delito de violación.

5.- No es necesario modificar el artículo 191.1 CP para cumplir esta normativa internacional. Si se entiende que la Directiva se opone a la existencia de cualquier condición de perseguibilidad, el artículo 191.1 CP resultaría difícilmente compatible con ella, y sería necesario modificarlo de manera sustancial antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva. Si esta fuera la conclusión a extraer, debería establecerse la persecución pública, al menos, de los actos constitutivos de "violación" tal como estos se definen en la Directiva, mientras que se podría considerar

la posibilidad de mantener la perseguibilidad condicionada a la previa denuncia de la víctima en los delitos de acoso sexual y en las agresiones sexuales que no constituyan violación. Sin embargo, según mi parecer, el artículo 191.1 CP es compatible con la Directiva, porque otorga al Ministerio Fiscal la facultad para promover la acción penal. Como se expuso en el Capítulo II, estos delitos se clasifican como infracciones *cuasipúblicas*, ya que, además de la denuncia de la víctima, se contempla la intervención del Ministerio Fiscal. A mi juicio, sí es imperativo replantearse la redacción actual del artículo 191 CP, pero no para cumplir con la Directiva, sino para garantizar que la persecución a instancia del Ministerio Fiscal no pueda ir en contra de los intereses de las víctimas (*infra* conclusión 18 y ss.).

6.- Considero que derogar el artículo 191.1 CP, obligando al Ministerio Fiscal a perseguir de oficio todos los delitos sexuales, constituiría un grave error, porque existen múltiples razones que aconsejan mantener la decisión sobre el inicio y la continuación del proceso en manos de la víctima. Como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, sus intereses han de ocupar un lugar central en el enjuiciamiento de estos delitos. Es decir, debe valorarse cada caso de forma individualizada, sin caer en automatismos y actitudes paternalistas hacia las personas que sufren violencia sexual. Hemos criticado que el sistema penal ignore la voluntad de las mujeres que sufren violencia machista, homogeneizando sus experiencias y asumiendo que la vía punitiva es la mejor solución para todos los casos.

7.- La tendencia legislativa de los últimos años ha sido la de ignorar la voluntad de las víctimas de violencia de género y sexual. Un ejemplo de ello es sin duda que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico sea la persecución de oficio de la violencia de género y doméstica, y que delitos que son semipúblicos se conviertan en perseguibles de oficio cuando se cometen en este ámbito, con la finalidad, según afirma el propio legislador, de otorgar a estas víctimas "un nivel de protección más elevado" (Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo). *A sensu contrario*, cabe interpretar que la perseguibilidad condicionada a la denuncia de la víctima se concibe como una "desprotección" de las mujeres. En la misma línea, la LOPIVI ha restringido el ámbito de aplicación de la dispensa del deber de declarar que recoge el artículo 416 LECrim, y la LOVG prohibió que las víctimas de violencia de género pudieran acudir a procesos de mediación, prohibición que la LOGILS ha extendido a las víctimas de violencia sexual

en 2022 (art. 3 EV). Tanto la reforma del artículo 416 LECrim como la proscripción de la mediación han sido objeto de duras críticas por una parte de la doctrina, que considera que estas normas infantilizan a las mujeres y niegan su agencia. Estas voces señalan que, si se configurasen vías alternativas al sistema penal tradicional, se daría respuesta a aquellas víctimas que no desean denunciar a su agresor, pero tienen otras necesidades que no están relacionadas con el castigo. Desde esta perspectiva, el artículo 191.1 CP, al dejar la llave del proceso en manos de la parte agraviada, puede servir para implementar mecanismos de justicia restaurativa *diversionaria* en casos de violencia sexual, que a veces pueden resultar más efectivos para reparar a las víctimas, garantizar su intimidad y prevenir la victimización secundaria.

8.- Los delitos "contra la honestidad" se han regulado como delitos perseguibles a instancia de la parte ofendida a lo largo de toda la codificación española para proteger la reputación social de las víctimas y de sus familias. Los comentaristas del siglo XIX y de buena parte del siglo XX justificaban la perseguibilidad privada en la necesidad de preservar "la paz de las familias", un interés público que se consideraba "uno de los primeros elementos del orden social". Aunque la perseguibilidad de los delitos contra la honestidad exigía la denuncia o la querella de la persona agraviada, esta persona no era solo la víctima, sino que también podían promover el proceso los padres, los hermanos, los abuelos y los tutores. La perseguibilidad privada iba acompañada de la posibilidad de que la parte agraviada extinguiera la responsabilidad criminal del autor otorgándole el perdón –además del perdón expreso, era posible el perdón presunto a través del matrimonio, ya que se entendía que mediante el casamiento se borraba la marca que el delito dejaba sobre la reputación de la mujer–.

9.- La reforma de los delitos "contra la libertad sexual" de 1989 no afectó a la perseguibilidad. Con el fin de la dictadura y los avances democráticos en igualdad, comenzaron a cambiar las concepciones sociales sobre la sexualidad y, tras la reforma de 1989, se prohibió expresamente la operatividad del perdón en los delitos sexuales (que ya se había limitado en una reforma anterior de 1983). Aunque la prohibición del perdón fue apoyada por la doctrina prácticamente mayoritaria, hubo quien se posicionó en contra de esta reforma, pues se dijo que la mejor protección de la mujer se lograba limitando su capacidad de decisión y que, al no permitirse ahora a la víctima paralizar el proceso penal, se podía vulnerar su derecho a la intimidad. La perseguibilidad de los delitos sexuales,

sin embargo, parece que fue un tema que pasó bastante desapercibido durante la transición, por lo que no se abrió un debate sobre si era conveniente o no publificar los delitos sexuales, como sí que sucedió en Italia a partir de los años ochenta.

10.- La regulación actual de la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual es consecuencia del debate parlamentario que tuvo lugar durante la tramitación del Código Penal en 1995. Una enmienda transaccional presentada por el Grupo Vasco reclamó convertir los delitos sexuales en delitos públicos, propuesta que fue secundada por el Grupo Socialista. Las demandas de reforma se justificaron en la gravedad de estos delitos, los cuales quedan ocultos si la víctima no los denuncia, conformando la denominada "cifra negra". Sin embargo, el Grupo Convergencia Socialista de Cataluña alegó que estos grupos políticos no estaban teniendo en cuenta el fundamento de la exigencia de denuncia, que es sencillamente el de preservar el derecho constitucional a la intimidad de la víctima (art. 18 CE). Como resultado de estas alegaciones, el Grupo Socialista propuso una solución intermedia, que quedó recogida en el artículo 191.1 CP, abriendo la puerta a que el Ministerio Fiscal pudiera promover la acción penal mediante querella previa ponderación de "los legítimos intereses en presencia". De esta forma, se *publificaron* los delitos de agresión y acoso sexuales, pero sin permitir la denuncia de cualquier persona. Los demás delitos contra la libertad sexual sí se configuraron como delitos completamente públicos, ya que no quedaron afectados por la disposición común.

11.- No existe unanimidad de criterio sobre cómo debe interpretarse la cláusula de "los legítimos intereses en presencia". Mientras que para un sector doctrinal minoritario esta regulación sirve para recordar al Ministerio Fiscal la especial relevancia que en el enjuiciamiento de estos delitos deben tener los intereses de la víctima, la doctrina mayoritaria entiende que, junto con los intereses de esta, el interés público en la persecución y castigo de estos delitos también debe formar parte del juicio de oportunidad. Sin embargo, estoy de acuerdo con quienes advierten de que esta interpretación supondría transformar, *de facto*, los delitos sexuales en delitos públicos, pues en la mayoría de los casos concurren razones de interés público (retributivas y preventivas) que justificarían la actuación del *ius puniendi*. **A mi juicio, los derechos de la víctima han de ocupan un lugar preferente en la ponderación de intereses, por las razones que he expuesto en el Capítulo V.**

12.- Los intereses de la víctima no son intereses privados. El Capítulo V se inicia con la exposición de la tesis doctrinal mayoritaria, la cual sostiene que la exigencia de denuncia por parte de la víctima constituye un indicio de *privatización* del Derecho Penal. Esta interpretación se sustenta en la premisa de que los intereses de las víctimas protegidos mediante la perseguibilidad semipública son de naturaleza exclusivamente privada. No obstante, desde mi perspectiva, es imperativo reconocer la existencia de una dimensión pública en dichos intereses: la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, consagrados en la Constitución, constituye una función esencial del Estado. En consecuencia, la exigencia de denuncia no puede interpretarse como una mera *privatización* del Derecho Penal, sino como un mecanismo que busca equilibrar la protección de los derechos individuales de las víctimas con el interés en la persecución de los delitos (siendo ambos intereses de carácter público).

13.- El fundamento de la exigencia de denuncia en la actualidad no es proteger la reputación de las víctimas, sino garantizar su derecho a la intimidad y evitar la victimización secundaria. La doctrina mayoritaria ha lamentado que la reforma penal de 1989 no derogase la exigencia de denuncia en estos delitos, pues afirma que el cambio de bien jurídico (de la honestidad a la libertad sexual) debería haber ido acompañado de una *publificación* de la persecución penal. No obstante, a mi juicio, pueden subsistir otros motivos que justifiquen la condición de procedibilidad, independientemente de cuál sea ahora el bien jurídico protegido. En la actualidad, el fundamento de la exigencia de denuncia no es preservar la reputación de las mujeres o "la paz de las familias", sino que lo que se pretende proteger es el derecho a la intimidad de las víctimas y su bienestar psíquico. Pero es que, además, el artículo 191.1 CP supone una correcta comprensión del bien jurídico, pues estos intereses que tutela son componentes de la autorrealización personal, del mismo modo que lo es la libertad sexual. Los delitos sexuales se diferencian del resto de delitos graves porque el comportamiento sexual pertenece a la intimidad de las personas. Como hemos señalado en la conclusión n.º 3, el artículo del CEDH en el que el TEDH aprecia la vulneración de derechos fundamentales cuando no se persigue la violencia sexual es precisamente el artículo 8, que consagra el derecho a la vida privada y familiar. De este modo, se está reconociendo que la libertad sexual está estrechamente ligada a la intimidad, por lo que la protección de la primera no puede hacerse olvidando la protección de la segunda.

14.- Una reforma de la perseguibilidad no resolvería el problema de las presiones que sufren las víctimas a la hora de interponer una denuncia. Otro argumento que se menciona frecuentemente entre quienes reclaman una derogación del artículo 191.1 CP, es el de que la perseguibilidad semipública fomenta que la víctima se vea sometida a amenazas y coacciones para que no presente una denuncia. A mi modo de ver, se trata de un inconveniente que no desaparecería con una reforma del régimen de persecución, ya que los delitos sexuales se cometen en su mayoría en la intimidad y no podrán ser perseguidos si la víctima no desea declarar contra el autor; es más, considero que la regulación actual de la perseguibilidad –que prevé la actuación del Ministerio Fiscal previa ponderación de los intereses en juego– puede servir para fiscalizar si la víctima decide libremente no denunciar o se halla coaccionada por el autor o su entorno (aunque en este último supuesto tampoco debería procederse de oficio de forma automática, sino que es preciso atender a las necesidades de la víctima). En definitiva, una supresión del artículo 191 no solucionaría el inconveniente de que las víctimas no deseen colaborar cuando están sometidas a presiones y amenazas, sino que parecen mucho más eficaces otro tipo de medidas, como la que recientemente ha introducido la LOGILS en el artículo 26 del EV, al permitir que la declaración de la víctima pueda ser grabada durante la fase de instrucción para ser posteriormente reproducida en el juicio oral.

15.- La publificación de la persecución penal para lograr fines preventivos supondría instrumentalizar a las víctimas. También suele afirmarse que las necesidades preventivas que presentan los delitos sexuales justificarían una persecución pública, pues la inmensa mayoría de los delitos graves se persiguen de oficio en nuestro sistema penal. Por lo que respecta a la prevención general, se ha dicho que la exigencia de denuncia transmite a la sociedad y a los agresores sexuales una sensación de impunidad. Sin embargo, a mi juicio, esta "sensación" no se resolverá con una derogación del artículo 191.1 CP, sino que es necesario que se siga formando a los operadores jurídicos y policiales desde una perspectiva de género interseccional, pues solo así se conseguirá reducir la victimización secundaria y que las víctimas estén dispuestas a denunciar y a pasar por un proceso penal. De lo contrario, la reforma de la perseguibilidad será mero Derecho penal simbólico. Por otro lado, aunque es cierto que las razones de prevención especial tienen un mayor peso, considero que la protección de las víctimas potenciales o futuras no puede justificar la vulneración de los derechos fundamentales de

la víctima concreta. Esta “objeción kantiana” suele utilizarse para justificar que sea necesario priorizar los derechos del reo sobre las razones preventivas, y también resulta de aplicación a la víctima del delito, que no debe ser instrumentalizada para proteger intereses colectivos.

16.- En los delitos sexuales, la perseguibilidad no tiene nada que ver con la tipicidad, ni con la entidad del hecho. Hay quienes afirman que, mediante la denuncia, la víctima expresa la gravedad de la violencia sufrida, de manera que los requisitos de perseguibilidad posibilitan descriminalizar los comportamientos de escasa entidad. En un sentido similar, se ha dicho también que la denuncia significa que la víctima no ha consentido la relación sexual, por lo que a través de esta pone de manifiesto la tipicidad de la conducta. Pues bien, estos planteamientos deben ser rechazados, pues, a mi entender, que la víctima decida no denunciar no tiene nada que ver con la gravedad del delito o con que este se haya o no producido, ya que pueden ser múltiples los motivos por los que una persona decida no enfrentarse a un proceso penal.

17.- Estas conclusiones se ven reforzadas desde los feminismos antipunitivistas.

17.1.- Hemos observado que el debate feminista en torno a la perseguibilidad de la violencia sexual evidencia que los feminismos no son un bloque monolítico (“homogéneamente punitivo”), sino que dentro del movimiento coexisten diferentes posicionamientos frente al sistema penal. Es crucial analizar las distintas "Criminologías feministas" para comprender las diferentes perspectivas y propuestas. En Europa, el feminismo surgió en el siglo XVIII, cuestionando la exclusión de las mujeres de los derechos “del hombre y del ciudadano”. Mientras que el *feminismo liberal* buscó la igualdad formal a través de reformas legales, el *feminismo radical*, bajo el lema "lo personal es político", denunció las relaciones de poder en la familia y la sexualidad. Para este sector del movimiento, el patriarcado se concibió como un sistema de dominación sexual que permeaba todas las esferas de la vida, desde lo íntimo hasta lo público.

17.2.- Una parte del *feminismo radical* se transformó en *feminismo cultural*, que concibió la sexualidad masculina como agresiva y la femenina como pasiva. La heterosexualidad se consideró intrínsecamente violenta, y la violación, la expresión máxima de la dominación patriarcal. Este enfoque ha sigo hegemónico, repercutiendo

directamente en la normativa internacional sobre violencia contra las mujeres, y promoviendo políticas punitivas y prohibicionistas. Sin embargo, esta visión debe ser criticada por su esencialismo y por relegar a las mujeres a la condición de víctimas perpetuas. El feminismo cultural en España fue denominado *feminismo de la diferencia*, que reivindicó los valores femeninos y buscó una identidad femenina propia. Junto con el *feminismo de la igualdad* (que defiende la emancipación a través de las instituciones), ha promovido políticas securitarias para combatir la violencia machista. En esta contribución hemos adoptado un posicionamiento contrahegemónico, crítico hacia los discursos del feminismo institucional, pues consideramos que el sistema penal es una estructura patriarcal que perpetúa la violencia. Para ello, hemos defendido las propuestas de los *feminismos garantistas y abolicionistas de la cuestión penal* (también denominados *feminismos antipunitivistas*), que buscan alternativas a la pena, centradas en la comunidad y en la reparación del daño.

17.3.- Los feminismos que recurren al Derecho penal buscan utilizar su función simbólica para transmitir valores sociales y denunciar la violencia machista: creen que la persecución de oficio desculpabiliza a las víctimas y acaba con la impunidad, al lanzar el mensaje de que "se va a actuar con contundencia frente a la violencia contra las mujeres". Sin embargo, conviene recordar a los feminismos punitivos que el Derecho penal individualiza la responsabilidad, es altamente discriminatorio, descontextualiza la violencia y oculta su carácter sistémico. La persecución penal, como advierte PITCH, "universaliza el problema y privatiza sus causas". En mi opinión, la mera reforma del régimen de perseguibilidad, con el objetivo de alcanzar un efecto preventivo-general, resultaría ineficaz en la práctica. Las concepciones sociales sobre la sexualidad como uno de los aspectos más íntimos de la persona conllevarán que la mayoría de los actos de violencia sexual permanezcan ocultos, a menos que la víctima los denuncie. En consecuencia, la modificación del régimen de perseguibilidad, por sí sola, no producirá los efectos deseados mientras no se aborden las condiciones subyacentes que disuaden a las víctimas de denunciar. En este contexto, la persecución de oficio se erigiría como un mero ejercicio de Derecho penal simbólico, instrumentalizando a la víctima concreta en aras de la consecución de un presunto bien superior o colectivo.

17.4.- La LOGILS ha proclamado que la violencia sexual es consecuencia del sistema de dominación patriarcal, por lo que debe emerger de la esfera privada y situarse

en el ámbito de lo público, como una cuestión de Estado. En este sentido, hay quienes afirman que debería haberse derogado el artículo 191.1 CP, ya que la violencia sexual ya no es un problema individual, sino que se ha colectivizado. Por el contrario, hemos defendido que concebir la violencia sexual como un problema *social* no significa que necesariamente deba ser un problema *penal,* ya que la persecución pública puede acarrear más inconvenientes que soluciones para las víctimas a las que se pretende proteger, revictimizándolas y vulnerando su intimidad. Es por ello por lo que entiendo que derogar el artículo 191 sería una grave equivocación, y que resulta más adecuado modificarlo para que en la persecución penal de estos delitos se dé un papel especialmente relevante a los intereses y necesidades de las víctimas desde una perspectiva interseccional. La adopción de esta perspectiva exige trascender la concepción de "las mujeres" como una categoría homogénea merecedora de un trato diferenciado *per se*. En su lugar, es necesario un análisis más amplio que incorpore la diversidad de identidades y las múltiples formas de discriminación que convergen en la experiencia humana. Las razones que en este trabajo se han ofrecido para mantener el régimen de perseguibilidad cuasipública en los delitos de agresión y acoso sexual creo que podrían aplicarse a otros colectivos (a las disidencias e incluso a los hombres cis), ya que el fundamento de la exigencia de denuncia reside en derechos fundamentales inherentes a la condición de persona humana. Un paradigma feminista que circunscriba su protección únicamente a "las mujeres" corre el riesgo de incurrir en prácticas discriminatorias y, en última instancia, beneficiar solo a un segmento reducido de la población.

18.- Si bien considero pertinente mantener el régimen de perseguibilidad condicionado a la voluntad de la víctima, ello no significa que el artículo 191.1 CP no necesite mejoras. Por el contrario, se estima necesario introducir ciertas modificaciones con el fin de optimizar su eficacia y adecuarlo a la realidad jurídica actual. Además, como se ha expuesto en el Capítulo IV, la redacción del artículo 191.1 CP plantea numerosos problemas interpretativos: no solo faltan criterios que justifiquen por qué su ámbito de aplicación se limita a los delitos de agresión y acoso sexuales, sino que convendría aclarar si en estos debe prevalecer la voluntad de la víctima sobre la del Ministerio Fiscal o si, por el contrario, este puede actuar en contra de lo que ella decida. Es decir, si la intervención del órgano público es *alternativa* a la denuncia de la víctima o *subsidiaria* (entendiendo en este último caso que el precepto establece un orden de intervención escalonado y excluyente). El artículo permite hacer dos lecturas

radicalmente opuestas, lo que provoca serios problemas de seguridad jurídica. A mi juicio, aunque se permita una actuación paralela del Ministerio Fiscal, este debería tener en cuenta la voluntad de la víctima, por lo que sí que existe cierta relación de subordinación. Lamentablemente, el precepto permite también la interpretación absolutamente contraria.

19.- Según la doctrina del Tribunal Supremo, debe respetarse la voluntad de la víctima sobre el inicio y la continuación del proceso. No obstante, no es necesario que la denuncia se interponga formalmente, sino que es suficiente con una comunicación verbal de los hechos a un órgano encargado de su persecución. Ahora bien, si la *notitia criminis* llega a las autoridades por otros medios, estas deben poner en marcha una investigación y la falta de denuncia podrá subsanarse con la declaración de la víctima en la fase de instrucción. Es decir, la denuncia es un requisito subsanable y susceptible de convalidación posterior. Ahora bien, de la declaración de la víctima debe desprenderse una "conducta evidente de perseguibilidad", es decir, la clara voluntad de contar su "proceso de victimización" y de seguir adelante con el proceso, lo que en el Derecho anglosajón se ha denominado "willingness to report". Esta construcción del TS ha recibido algunas críticas, pues se considera que lleva a cabo una interpretación algo forzada del significado del verbo "proceder" que recoge el artículo 191.1 CP. Además, resulta cuestionable que se deduzca la voluntad de la víctima de castigar el delito del mero hecho de que narre su proceso de victimización, pues en la mayoría de las ocasiones las víctimas relatan los hechos sin ser conscientes de que esto supone cumplir con una condición de procedibilidad. Es fundamental que se informe a las víctimas de la importancia que tiene su voluntad en la persecución de estos delitos, y que esta no se presuma.

20.- La posibilidad de que inicie el proceso el Ministerio Fiscal ponderando los "legítimos intereses en presencia", que se introdujo en el artículo 191.1 CP, no ha sido aplicada en la práctica. Aunque los tribunales han flexibilizado la exigencia de denuncia de la víctima (permitiendo que sea convalidada posteriormente con su declaración), esto es anterior a la aprobación del Código Penal, pues la doctrina ya venía advirtiendo sobre esta laxa interpretación jurisprudencial en la década de los ochenta. Es decir, la suavización del requisito de procedibilidad no es consecuencia de la reforma que introdujo el legislador en 1995. Así las cosas, no se ha encontrado ningún caso en el que el Ministerio Fiscal haya promovido la acción penal en contra de la voluntad de una

víctima mayor de edad, sin discapacidad y no desvalida. En un caso en el que se intentó, el TS rechazó esta posibilidad (STS 567/2019, de 20 de noviembre). Esta sentencia afirma que "la condición de procedibilidad del art. 191.1 CP constituye una pieza institucional muy relevante del propio modelo de protección penal de la libertad sexual" y explica que el Estado ha cedido a la víctima el monopolio de la acción penal para preservar su derecho a la intimidad y evitar la victimización secundaria, de manera que las consecuencias que puedan derivarse en términos de impunidad no deben valorarse en la persecución del delito.

21.- En el caso de víctimas menores de edad, personas con discapacidad NEP y personas desvalidas, el Ministerio Fiscal también debe ponderar "los legítimos intereses en presencia". Considero que la actuación del Ministerio Fiscal en el régimen especial es absolutamente potestativa, aunque la redacción actual del precepto permita una lectura distinta. Mientras que las demás infracciones semipúblicas que prevén la posible actuación paralela del Ministerio Fiscal en estos casos señalan que "podrá denunciar", el artículo 191.1 CP establece que "bastará denuncia". Ello ha llevado a la doctrina mayoritaria a considerar que los delitos de agresión y acoso sexuales se convierten en delitos públicos cuando afectan a víctimas con estas características. Sin embargo, como viene señalando un sector doctrinal minoritario, cuando el precepto señala que "bastará" denuncia, no significa que esta sea obligatoria, sino simplemente que no es precisa la querella que prevé el precepto en el régimen general. Por otro lado, podría pensarse que en estos casos no es necesaria la ponderación de intereses en presencia, ya que en el régimen especial no aparece este añadido. Sin embargo, como viene señalando la Fiscalía General del Estado, también se han de valorar los intereses personales del menor o de la persona con discapacidad. Paradójicamente, la ponderación de intereses se está realizando en el régimen especial, donde no se encuentra prevista y, sin embargo, en el régimen general no se lleva a cabo (porque en la práctica no se permite al Ministerio Fiscal interponer querella si la víctima no está de acuerdo). Por ello, de *lege ferenda*, sería conveniente que el artículo 191.1 incorporase expresamente la necesidad de ponderación en los supuestos del inciso segundo, ya que pueden existir legítimos intereses que aconsejen no denunciar en estos casos.

22.- La prohibición expresa del perdón que recoge el artículo 191.2 del CP actual constituye una referencia absolutamente innecesaria, pues es suficiente con

aplicar los criterios generales que recoge el artículo 130 CP para que el perdón no pueda ser aplicado a los delitos contra la libertad sexual. El objetivo del legislador era puramente simbólico, pues trató de romper con lo que había sido la regla general durante toda la codificación española. Sin embargo, en la actualidad no es preciso recordar que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad criminal en los delitos sexuales. Cuestión diferente es que deba escucharse la voluntad de la víctima en cuanto al inicio y la continuación del proceso penal para evitar la revictimización, pero esta voluntad deberá ser recabada durante la fase de instrucción penal, para que el procedimiento pueda archivarse y la víctima pueda denunciar posteriormente si cambia de parecer. Sin embargo, en fase de enjuiciamiento, la retirada de la denuncia no puede tener efectos sobre la sentencia.

23.- Propuestas de *lege ferenda:*

En virtud de las deficiencias detectadas en la redacción vigente del artículo 191 CP, y con el objetivo de armonizar dicho precepto con las exigencias emanadas de la normativa internacional y la interpretación jurisprudencial actual, se proponen las siguientes redacciones alternativas:

Propuesta de reforma n.º 1:

> "En la persecución de los delitos de agresión y acoso sexuales será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Estos intereses se refieren a la necesidad de preservar la intimidad de las víctimas y evitar su revictimización.
>
> Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, podrá denunciar el Ministerio Fiscal, valorando especialmente los intereses mencionados en el párrafo anterior".

Propuesta de reforma n.º 2:

> "En la persecución de los delitos de agresión y acoso sexuales no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en la investigación y enjuiciamiento de estos delitos, el Ministerio Fiscal deberá valorar especialmente los intereses de las víctimas, atendiendo a su voluntad, de manera que el proceso no suponga una intromisión excesiva en su intimidad o genere una segunda victimización.

Cuando la víctima sea menor de edad, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, el Ministerio Fiscal deberá valorar especialmente los intereses mencionados".

La primera propuesta de reforma presenta una mayor idoneidad para preservar el papel preponderante de las víctimas en la persecución penal de estos delitos. Esta propuesta aboga por la continuidad del modelo vigente, pero con la precisión de los "legítimos intereses en presencia" que el Ministerio Fiscal debe ponderar. Los intereses públicos en la persecución del delito no desaparecen de la ecuación, ya que el Ministerio Fiscal está obligado a valorarlos según lo dispuesto del artículo 1 de su Estatuto Orgánico y del artículo 124 de la CE. No obstante, se enfatiza la primacía de los intereses de la víctima, a fin de evitar decisiones que contravengan los mismos.

En el supuesto de que este modelo se considere incompatible con la nueva Directiva de la Unión Europea, se desaconseja la derogación del artículo 191 y la conversión de estos delitos en perseguibles de oficio. En su lugar, se propone la implementación de una reforma análoga a la sugerida en la propuesta 2.

En ambas propuestas, se introduce la necesidad de que el Ministerio Fiscal realice una valoración de los intereses de la víctima, tanto en el régimen general como en el especial. La condición de menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección (NEP) o persona desvalida no justifica la conversión automática de los delitos sexuales en delitos públicos, dado que su derecho a la intimidad y su dignidad deben también ser objeto de ponderación.

Ambas propuestas se han circunscrito a los delitos de agresión y acoso sexuales, en consonancia con el objeto de estudio. Sin embargo, debido a que no se han encontrado motivos que justifiquen dicha limitación del ámbito de aplicación del precepto, podría extenderse a "los hechos descritos en este título".

CONCLUSIONI E PROPOSTE DE *LEGE FERENDA*

1.- La controversia su come perseguire i reati sessuali, se d'ufficio o su richiesta della vittima, è una questione complessa che ha assunto una nuova importanza negli ultimi anni. L'articolo 191.1 del Codice Penale esclude le aggressioni e le molestie sessuali dalla regola generale del perseguimento d'ufficio. Alla luce delle importanti riforme che questi reati hanno recentemente subito, nonché delle richieste provenienti dall'ambito internazionale, è necessario riflettere sulla necessità di convertirli in reati pubblici, perseguibili su richiesta della Procura della Repubblica indipendentemente dall'atteggiamento della vittima nei confronti del procedimento.

2.- La riforma dei reati sessuali del 2022 non ha modificato questo ostacolo procedurale. La LOGILS ha adottato una prospettiva di genere nell'approccio alla violenza sessuale, incorporando nel nostro ordinamento giuridico il punto di vista di diversi trattati internazionali firmati dalla Spagna che includono un concetto ampio di violenza contro le donne, a differenza della LOVG, che adottava una visione eccessivamente riduzionista della violenza commessa per motivi sessisti. I suddetti trattati internazionali stabiliscono il dovere degli Stati di agire con la dovuta diligenza nel perseguire e punire tutte le forme di violenza contro le donne, compresa la violenza sessuale. Tuttavia, la LOGILS non ha modificato l'articolo 191 c.p., per cui per il momento il nostro ordinamento giuridico continua a prevedere (come regola generale) che la vittima debba denunciare il reato per poter perseguire i reati di violenza sessuale e molestie

3.- Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'obbligo di sporgere denuncia può essere contrario agli obblighi di protezione penale dello Stato nei casi di violenza di genere da partner nelle relazioni di intimità. Il principio della dovuta diligenza nell'azione dello Stato è stato sviluppato soprattutto attraverso la sua giurisprudenza, che ha stabilito che l'effettiva protezione di alcuni diritti convenzionali richiede talvolta l'adozione di misure penali (teoria degli obblighi positivi di protezione penale). Per quanto riguarda i reati sessuali –che ledono il diritto alla privacy sancito

dall'art. 8 CEDU e possono costituire una forma di maltrattamento ex art. 3 CEDU– la Corte di Strasburgo ha indicato che gli Stati devono incriminare qualsiasi atto sessuale non consensuale, condurre un'indagine efficace che porti a chiarire i fatti e a punire i colpevoli, dar corso ad un processo penale, applicare le sanzioni imposte e, infine, adottare misure preventive per evitare che vengano commessi questo tipo di reati. In termini di perseguibilità, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa contro gli Stati che richiedono la denuncia per perseguire reati gravi (come lo stupro) o reati in cui vi è il rischio di reiterazione del reato. Tuttavia, secondo la nostra analisi, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su questo tema è limitata ai casi di violenza da partner nelle relazioni di intimità. Di conseguenza, non è possibile affermare che la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia espresso un'opposizione inequivocabile al perseguimento privato o semi-pubblico della violenza sessuale in generale.

4.- Gli standard internazionali sono contrari a subordinare il perseguimento penale della violenza contro le donne e della violenza sessuale alla denuncia della vittima. A questo proposito, la Relatrice speciale delle Nazioni Unite sulla violenza contro le donne ha dichiarato che il reato di stupro dovrebbe essere perseguito pubblicamente e ritiene che richiedere alla vittima di denunciare perpetui l'idea che la violenza contro le donne e la violenza sessuale sia un problema privato e non pubblico. La Convenzione di Istanbul prevede che le indagini e i procedimenti non debbano essere "interamente dipendenti da una denuncia o da una richiesta della vittima" (art. 55). Analogamente, la Direttiva UE sulla violenza contro le donne e la violenza domestica del 2024 stabilisce espressamente che "gli Stati membri garantiscono che le indagini o il procedimento per atti di stupro non dipendano da una denuncia della vittima o del suo rappresentante" (art. 15). Come si può notare, l'avverbio "interamente" è scomparso nella direttiva, cosicché la volontà della vittima non può apparentemente più giocare un ruolo nel perseguimento penale dello stupro.

5.- Non è necessario modificare l'articolo 191 c.p. per adattarlo a questi requisiti internazionali. Se si intende che la Direttiva si oppone all'esistenza di qualsiasi condizione di perseguibilità, l'articolo 191.1 c.p. sarebbe difficilmente conciliabile con essa e sarebbe necessario modificarlo sostanzialmente prima della

scadenza del termine di recepimento della Direttiva. Se questa fosse la conclusione da trarre, l'azione pubblica dovrebbe essere istituita almeno per gli atti che costituiscono "stupro" secondo la definizione della direttiva, mentre si potrebbe prendere in considerazione la possibilità di mantenere l'incriminazione condizionata alla previa denuncia della vittima per i reati di molestie sessuali e per le aggressioni sessuali che non costituiscono stupro. Tuttavia, a mio avviso, l'articolo 191 c.p. è compatibile con la Direttiva, in quanto conferisce alla Procura della Repubblica il potere di esercitare l'azione penale. Come discusso nel Capitolo II, questi reati sono classificati come reati quasi pubblici, poiché, oltre alla denuncia della vittima, è previsto l'intervento della Procura. A mio avviso, è necessario rivedere l'attuale formulazione dell'articolo 191 c.p., ma non per conformarsi alla direttiva, bensì per garantire che l'azione penale su richiesta del Pubblico Ministero non possa andare contro gli interessi delle vittime (infra, Conclusione 18 e seguenti).

6.- Ritengo che l'abrogazione dell'articolo 191.1 c.p., che obbliga la Procura a perseguire d'ufficio tutti i reati sessuali, sarebbe un grave errore, perché vi sono molteplici ragioni che rendono consigliabile mantenere la decisione sull'avvio e la prosecuzione del processo nelle mani della vittima. Come si è sostenuto nel corso del presente lavoro, gli interessi della vittima devono essere al centro dell'azione penale per questi reati. In altre parole, ogni caso deve essere valutato singolarmente, senza cadere in automatismi e atteggiamenti paternalistici nei confronti delle persone che subiscono violenza sessuale. Abbiamo criticato il fatto che il sistema penale ignori la volontà delle donne che subiscono violenza maschile, omogeneizzando le loro esperienze e assumendo che la via punitiva sia la soluzione migliore per tutti i casi.

7.- La tendenza legislativa degli ultimi anni è stata quella di ignorare la volontà delle vittime di violenza sessuale e di genere. Un esempio di ciò è senza dubbio il fatto che la regola generale del nostro ordinamento giuridico è la perseguibilità d'ufficio della violenza di genere e domestica, e che i reati semi-pubblici diventano perseguibili d'ufficio se commessi in questo ambito, con l'obiettivo, come dichiarato dallo stesso legislatore, di garantire a queste vittime "un livello di protezione più elevato" (Preambolo della LO 1/2015, del 30 marzo). *Sensu contrario*, si può interpretare che l'azione penale condizionata alla denuncia della vittima sia concepita

come una "mancanza di protezione" per le donne. Nella stessa ottica, la LOPIVI ha ristretto l'ambito di applicazione dell'esenzione dall'obbligo di testimonianza contenuta nell'articolo 416 LECrim e la LOVG ha vietato alle vittime di violenza di genere di partecipare ai processi di mediazione, divieto che la LOGILS ha esteso alle vittime di violenza sessuale nel 2022 (art. 3 EV). Sia la riforma dell'articolo 416 LECrim che la proibizione della mediazione sono state aspramente criticate da una parte della dottrina, che ritiene che queste norme infantilizzino le donne e neghino la loro agency. Queste voci sottolineano che se si configurassero canali alternativi al sistema penale tradizionale, si darebbe una risposta a quelle vittime che non vogliono denunciare il loro aggressore, ma che hanno altri bisogni non legati alla punizione. Da questo punto di vista, l'articolo 191.1 c.p., lasciando la chiave del processo nelle mani della parte lesa, può servire a implementare meccanismi di giustizia riparativa diversiva nei casi di violenza sessuale, che a volte possono essere più efficaci nel riparare le vittime, garantire la loro privacy e prevenire la vittimizzazione secondaria.

8.- I reati "contro l'onestà" sono stati disciplinati come reati perseguibili su richiesta della parte offesa in tutta la codificazione spagnola, al fine di proteggere la reputazione sociale delle vittime e delle loro famiglie. I commentatori del XIX secolo e di gran parte del XX secolo hanno giustificato la perseguibilità privata con la necessità di preservare "la pace delle famiglie", un interesse pubblico considerato "uno dei primi elementi dell'ordine sociale". Sebbene il perseguimento dei reati contro l'onestà richiedesse la denuncia o la querela della persona offesa, questa non era solo la vittima, ma anche genitori, fratelli, nonni e tutori potevano avviare un procedimento. L'azione penale privata era accompagnata dalla possibilità per la parte lesa di estinguere la responsabilità penale dell'autore del reato attraverso la concessione di un perdono - oltre al perdono espresso, era possibile un perdono presunto attraverso il matrimonio, poiché si riteneva che il matrimonio cancellasse il segno che il reato aveva lasciato sulla reputazione della donna.

9.- La riforma del 1989 dei reati "contro la libertà sessuale" non ha influito sull'incriminabilità. Con la fine della dittatura e i progressi democratici in materia di uguaglianza, le concezioni sociali sulla sessualità cominciarono a cambiare e, dopo la riforma del 1989, fu espressamente vietata l'operatività dell'indulto nei reati sessuali

(che era già stata limitata in una precedente riforma del 1983). Sebbene il divieto di indulto sia stato sostenuto praticamente dalla maggioranza della dottrina, c'è stato chi si è schierato contro questa riforma, sostenendo che la migliore protezione per le donne si ottiene limitando la loro capacità decisionale e che, non permettendo alla vittima di interrompere il processo penale, il suo diritto alla privacy potrebbe essere violato. La perseguibilità dei reati sessuali, tuttavia, sembra essere stata una questione passata piuttosto inosservata durante la transizione, tanto che non si è discusso sull'opportunità di rendere pubblici i reati sessuali, come invece è avvenuto in Italia a partire dagli anni Ottanta.

10.- L'attuale regolamentazione del perseguimento dei reati contro la libertà sessuale è una conseguenza del dibattito parlamentare svoltosi durante l'elaborazione del Codice penale nel 1995. Un emendamento di compromesso presentato dal gruppo basco chiedeva che i reati sessuali fossero trasformati in reati pubblici, proposta che fu appoggiata dal gruppo socialista. Le richieste di riforma erano giustificate dalla gravità di questi reati, che rimangono nascosti se la vittima non li denuncia, costituendo la cosiddetta "cifra nera". Tuttavia, il gruppo Convergenza socialista della Catalogna ha sostenuto che questi gruppi politici non tenevano conto della logica alla base dell'obbligo di denuncia, che è semplicemente quella di preservare il diritto costituzionale della vittima alla privacy (art. 18 CE). A seguito di queste accuse, il Gruppo socialista ha proposto una soluzione intermedia, che è stata inserita nell'articolo 191.1 c.p., aprendo la porta alla possibilità per la Procura di avviare un'azione penale attraverso una denuncia, dopo aver valutato "gli interessi legittimi coinvolti". In questo modo, i reati di aggressione e molestia sessuale sono stati resi pubblici, ma senza consentire a nessuno di sporgere denuncia. Gli altri reati contro la libertà sessuale sono stati resi pienamente pubblici, in quanto non interessati dalla disposizione comune.

11.- Non c'è unanimità di vedute su come debba essere interpretata la clausola sugli "interessi legittimi coinvolti". Mentre per un settore dottrinale minoritario questa norma serve a ricordare alla Procura della Repubblica la speciale rilevanza che gli interessi della vittima dovrebbero avere nel perseguimento di questi reati, la dottrina maggioritaria ritiene che, insieme agli interessi della vittima, anche

l'interesse pubblico al perseguimento e alla punizione di questi reati dovrebbe far parte del giudizio di opportunità. Tuttavia, concordo con chi avverte che questa interpretazione significherebbe trasformare, di fatto, i reati sessuali in reati pubblici, poiché nella maggior parte dei casi esistono ragioni di interesse pubblico (retributivo e preventivo) che giustificherebbero l'azione di ius puniendi. **A mio avviso, i diritti della vittima devono avere un posto preferenziale nella ponderazione degli interessi, per le ragioni che ho esposto nel Capitolo V.**

12.- Gli interessi della vittima non sono interessi privati. Il capitolo V inizia con l'esposizione della tesi dottrinale maggioritaria, che sostiene che l'obbligo di denuncia della vittima costituisca un indice di privatizzazione del diritto penale. Questa interpretazione si basa sulla premessa che gli interessi delle vittime tutelati da un'azione penale semi-pubblica siano esclusivamente di natura privata. Tuttavia, dal mio punto di vista, è indispensabile riconoscere l'esistenza di una dimensione pubblica di questi interessi: la tutela dei diritti fondamentali delle vittime, sancita dalla Costituzione, è una funzione essenziale dello Stato. Di conseguenza, l'obbligo di denuncia non può essere interpretato come una mera privatizzazione del diritto penale, ma come un meccanismo che cerca di bilanciare la tutela dei diritti individuali delle vittime con l'interesse al perseguimento dei reati (essendo entrambi gli interessi di natura pubblica).

13.- La logica dell'attuale obbligo di denuncia non è quella di proteggere la reputazione delle vittime, ma di garantire il loro diritto alla privacy e di evitare una vittimizzazione secondaria. La dottrina maggioritaria si è rammaricata del fatto che la riforma penale del 1989 non abbia abrogato l'obbligo di denuncia per questi reati, in quanto afferma che il cambiamento del diritto legale (dalla libertà di coscienza alla libertà sessuale) avrebbe dovuto essere accompagnato dalla pubblicazione dell'azione penale. Tuttavia, a mio avviso, potrebbero esserci altri motivi per la condizione procedurale, a prescindere dall'interesse legale ora tutelato. Al giorno d'oggi, la base dell'obbligo di denuncia non è la tutela della reputazione delle donne o della "pace della famiglia", ma piuttosto la tutela del diritto alla privacy e del benessere psicologico delle vittime. Tuttavia, l'articolo 191.1 c.p. implica anche una corretta comprensione del diritto legale, poiché questi interessi che protegge sono componenti dell'auto- realizzazione personale, allo stesso modo della libertà sessuale. I reati sessuali sono

diversi da altri reati gravi perché il comportamento sessuale appartiene alla sfera privata degli individui. Come abbiamo sottolineato nella conclusione n. 3, l'articolo della CEDU in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce la violazione dei diritti fondamentali quando la violenza sessuale non viene perseguita è proprio l'articolo 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare. In questo modo, si riconosce che la libertà sessuale è strettamente legata alla privacy, per cui la protezione della prima non può essere ottenuta dimenticando la protezione della seconda

14.- Una riforma della perseguibilità non risolverebbe il problema delle pressioni esercitate sulle vittime affinché presentino una denuncia. Un altro argomento spesso citato da chi chiede l'abrogazione dell'articolo 191.1 c.p. è che la semi-pubblicità dell'azione penale incoraggia la vittima a subire minacce e coercizioni per non sporgere denuncia. A mio parere, tuttavia, questo è uno svantaggio che non scomparirebbe con una riforma del regime dell'azione penale, poiché i reati sessuali sono per lo più commessi in privato e non possono essere perseguiti se la vittima non vuole testimoniare contro l'autore del reato; Inoltre, ritengo che l'attuale disciplina dell'azione penale - che prevede l'intervento della Procura dopo aver valutato gli interessi in gioco - possa essere utilizzata per monitorare se la vittima decide liberamente di non denunciare o se viene costretta dall'autore del reato o dal suo entourage (anche se in quest'ultimo caso l'azione penale non dovrebbe procedere automaticamente d'ufficio, ma dovrebbe tenere conto delle esigenze della vittima). In sintesi, la cancellazione dell'articolo 191 non risolverebbe il problema delle vittime che non vogliono collaborare quando sono soggette a pressioni e minacce, ma sembrano molto più efficaci altri tipi di misure, come quella recentemente introdotta dalla LOGILS nell'articolo 26 del VE, che consente di registrare la dichiarazione della vittima durante la fase investigativa per riprodurla successivamente nel processo orale.

15.- Il perseguimento pubblico dei reati a scopo preventivo significherebbe strumentalizzare le vittime. Spesso si sostiene anche che le esigenze di prevenzione dei reati sessuali giustificherebbero l'azione penale pubblica, dato che la stragrande maggioranza dei reati gravi viene perseguita d'ufficio nel nostro sistema penale. Per quanto riguarda la prevenzione generale, è stato detto che l'obbligo di denuncia trasmette un senso di impunità alla società e agli autori di reati sessuali. Tuttavia, a mio

avviso, questa "sensazione" non si risolverà con l'abrogazione dell'articolo 191 c.p., ma è necessario continuare a formare gli operatori di giustizia e di polizia da una prospettiva intersezionale di genere, perché solo così si potrà ridurre la vittimizzazione secondaria e far sì che le vittime siano disposte a denunciare e ad affrontare un procedimento penale. Altrimenti, la riforma dell'incriminabilità sarà un mero diritto penale simbolico. D'altra parte, anche se è vero che le ragioni della prevenzione speciale hanno un peso maggiore, ritengo che la protezione delle vittime potenziali o future non possa giustificare la violazione dei diritti fondamentali della singola vittima. Questa "obiezione kantiana" è spesso utilizzata per giustificare la necessità di dare priorità ai diritti del reo rispetto alle ragioni di prevenzione, e vale anche per la vittima del reato, che non dovrebbe essere strumentalizzata per proteggere interessi collettivi.

16.- Nei reati sessuali, la perseguibilità non ha nulla a che vedere con la natura del reato, né con la gravità dell'atto. Secondo alcuni, con la denuncia la vittima esprime la gravità della violenza subita, per cui i requisiti di perseguibilità consentono di depenalizzare comportamenti di natura minore. In senso analogo, si è anche detto che la denuncia significa che la vittima non ha acconsentito al rapporto sessuale, per cui attraverso la denuncia si rende evidente la criminalità della condotta. A mio avviso, il fatto che la vittima decida di non denunciare non ha nulla a che vedere con la gravità del reato o con il fatto che sia avvenuto o meno, poiché possono esserci molte ragioni per cui una persona decide di non affrontare un procedimento penale.

17.- Queste conclusioni sono rafforzate dai femminismi anti-punitivisti

17.1.- Abbiamo osservato che il dibattito femminista sul perseguimento della violenza sessuale dimostra che i femminismi non sono un blocco monolitico ("omogeneamente punitivo"), ma che all'interno del movimento coesistono diverse posizioni sul sistema penale. È fondamentale analizzare le diverse "criminologie femministe" per comprendere le diverse prospettive e proposte. In Europa, il femminismo è emerso nel XVIII secolo, mettendo in discussione l'esclusione delle donne dai diritti di "uomo e cittadino". Mentre il femminismo liberale cercava l'uguaglianza formale attraverso riforme legali, il femminismo radicale, con lo slogan "il personale è politico", denunciava i rapporti di potere nella famiglia e nella sessualità.

Per questo settore del movimento, il patriarcato era concepito come un sistema di dominazione sessuale che permeava tutte le sfere della vita, da quella intima a quella pubblica.

17.2.- Parte del femminismo radicale divenne il femminismo culturale, che concepisce la sessualità maschile come aggressiva e quella femminile come passiva. L'eterosessualità era vista come intrinsecamente violenta e lo stupro come la massima espressione del dominio patriarcale. Questo approccio è rimasto egemone, avendo un impatto diretto sugli standard internazionali sulla violenza contro le donne e promuovendo politiche punitive e proibizioniste. Tuttavia, questa visione deve essere criticata per il suo essenzialismo e per aver relegato le donne allo status di vittime perpetue. Il femminismo culturale in Spagna è stato chiamato femminismo della differenza, che ha rivendicato i valori femminili e ha cercato una propria identità femminile. Insieme al femminismo dell'uguaglianza (che difende l'emancipazione attraverso le istituzioni), ha promosso politiche di sicurezza per combattere la violenza maschile. In questo contributo abbiamo adottato una posizione contro-egemonica, critica nei confronti dei discorsi del femminismo istituzionale, poiché riteniamo che il sistema penale sia una struttura patriarcale che perpetua la violenza. A tal fine, abbiamo difeso le proposte delle femministe garantiste e gli approcci abolizionisti alla questione penale (noti anche come femminismi anti-punitivisti), che cercano alternative alla pena, concentrandosi sulla comunità e sulla riparazione del danno.

17.3.- I femminismi che utilizzano il diritto penale cercano di sfruttare la sua funzione simbolica per trasmettere valori sociali e denunciare la violenza maschile: ritengono che il perseguimento d'ufficio rimuoverà la colpa delle vittime e porrà fine all'impunità, trasmettendo il messaggio che "la violenza contro le donne sarà affrontata con forza". Tuttavia, vale la pena ricordare ai femminismi punitivi che il diritto penale individua la responsabilità, è altamente discriminatorio, decontestualizza la violenza e ne nasconde la natura sistemica. L'azione penale, come avverte PITCH, "universalizza il problema e ne privatizza le cause". A mio avviso, la semplice riforma del regime penale, con l'obiettivo di ottenere un effetto preventivo-generale, sarebbe inefficace nella pratica. La concezione sociale della sessualità come uno degli aspetti più intimi della persona farà sì che la maggior parte degli atti di violenza sessuale rimanga nascosta, a

meno che la vittima non li denunci. Di conseguenza, la sola modifica del regime di perseguibilità non produrrà gli effetti desiderati finché non si affronteranno le condizioni di fondo che scoraggiano le vittime dal denunciare. In questo contesto, l'azione penale d'ufficio sarebbe un mero esercizio di diritto penale simbolico, che strumentalizza la singola vittima per raggiungere un presunto bene superiore o collettivo.

17.4.- La LOGILS ha proclamato che la violenza sessuale è una conseguenza del sistema di dominazione patriarcale, motivo per cui deve uscire dalla sfera privata ed essere collocata nella sfera pubblica, come questione di Stato. In questo senso, c'è chi sostiene che l'articolo 191.1 c.p. avrebbe dovuto essere abrogato, poiché la violenza sessuale non è più un problema individuale, ma è stata collettivizzata. Al contrario, abbiamo sostenuto che concepire la violenza sessuale come un problema sociale non significa che debba essere necessariamente un problema penale, poiché l'azione pubblica può portare più disagi che soluzioni alle vittime che intende proteggere, rivittimizzandole e violando la loro privacy. Per questo motivo ritengo che l'abrogazione dell'articolo 191 del sito sarebbe un grave errore, e che sarebbe più opportuno modificarlo in modo che il perseguimento penale di questi reati attribuisca un ruolo particolarmente rilevante agli interessi e ai bisogni delle vittime in una prospettiva intersezionale. L'adozione di questa prospettiva richiede il superamento della concezione delle “donne” come categoria omogenea meritevole di un trattamento differenziato di per sé. È invece necessaria un'analisi più ampia che includa la diversità delle identità e le molteplici forme di discriminazione che convergono nell'esperienza umana. Le ragioni che sono state fornite in questo lavoro per mantenere il regime di perseguibilità semi-pubblica nei reati di aggressione e molestia sessuale credo che potrebbero essere applicate ad altri gruppi (dissidenti e persino uomini cis), poiché il fondamento della richiesta di denuncia risiede nei diritti fondamentali inerenti alla condizione di persona umana. Un paradigma femminista che circoscriva la protezione solo alle “donne” rischia di incorrere in pratiche discriminatorie e, in ultima analisi, di avvantaggiare solo una piccola parte della popolazione.

18.- Sebbene ritenga opportuno mantenere il sistema dell'azione penale condizionata alla volontà della vittima, ciò non significa che l'articolo 191.1 c.p.

non debba essere migliorato. Al contrario, si ritiene necessario introdurre alcune modifiche per ottimizzarne l'efficacia e adattarlo alla realtà giuridica attuale. Inoltre, come è stato spiegato nel Capitolo IV, la formulazione dell'articolo 191.1 c.p. solleva numerosi problemi interpretativi: non solo mancano i criteri per giustificare il fatto che il suo ambito di applicazione sia limitato ai reati di violenza sessuale e molestie, ma bisognerebbe anche chiarire se in questi casi la volontà della vittima debba prevalere su quella del Pubblico Ministero o se, al contrario, quest'ultimo possa agire contro quanto deciso dalla vittima. In altre parole, se l'intervento dell'ente pubblico sia alternativo alla denuncia della vittima o sussidiario (fermo restando, in quest'ultimo caso, che il precetto stabilisce un ordine di intervento scaglionato ed esclusivo). L'articolo consente due letture radicalmente opposte, con gravi problemi di certezza del diritto. A mio avviso, anche se è consentita un'azione parallela da parte del Pubblico Ministero, quest'ultimo dovrebbe tenere conto della volontà della vittima, in modo che esista un certo rapporto di subordinazione. Purtroppo, la disposizione consente anche un'interpretazione completamente opposta.

19.- Secondo la dottrina della Corte Suprema, deve essere rispettata la volontà della vittima in merito all'avvio e alla prosecuzione del processo. Tuttavia, non è necessario che la denuncia sia presentata formalmente, ma è sufficiente una comunicazione verbale dei fatti a un organo responsabile del loro perseguimento. Ciononostante, se la notitia criminis giunge alle autorità con altri mezzi, queste devono avviare un'indagine e la mancanza di denuncia può essere sanata dalla dichiarazione della vittima nella fase investigativa. In altre parole, la denuncia è un requisito che può essere sanato e può essere successivamente convalidato. In ogni caso, dalla dichiarazione della vittima deve emergere una "evidente condotta di perseguibilità", cioè una chiara volontà di raccontare il suo "processo di vittimizzazione" e di proseguire nel processo, che nel diritto anglosassone è stata chiamata "willingness to report". Questa costruzione della SC ha ricevuto alcune critiche, in quanto si ritiene che sia un'interpretazione un po' forzata del significato del verbo "procedere" nell'articolo 191.1

c.p. Inoltre, è discutibile che la volontà della vittima di punire il reato possa essere dedotta dal semplice fatto che essa racconti il suo processo di vittimizzazione, poiché nella maggior parte dei casi le vittime raccontano i fatti senza essere consapevoli che

ciò significa rispettare una condizione di procedibilità. È essenziale che le vittime siano informate dell'importanza della loro volontà nel perseguimento di questi reati e che la loro volontà non sia presunta.

20.- La possibilità che il Pubblico Ministero avvii il processo valutando gli "interessi legittimi coinvolti", introdotta nell'articolo 191.1 del Codice Penale, non è stata applicata nella pratica. Sebbene i tribunali abbiano reso più flessibile il requisito della denuncia della vittima (consentendo di convalidarla in un secondo momento con la dichiarazione della vittima), ciò è precedente all'approvazione del Codice penale, in quanto la dottrina aveva già messo in guardia da questa interpretazione giurisprudenziale lassista negli anni Ottanta. In altre parole, l'allentamento del requisito procedurale non è una conseguenza della riforma introdotta dal legislatore nel 1995. Non è stato riscontrato alcun caso in cui la Procura abbia avviato un procedimento penale contro la volontà di una vittima maggiorenne, abile e non indifesa. In un caso in cui si è tentato di farlo, il Comitato di vigilanza ha respinto questa possibilità (STS 567/2019, 20 novembre). Questa sentenza afferma che "la condizione procedurale dell'art. 191.1 c.p. costituisce un tassello istituzionale molto rilevante del modello stesso di tutela penale della libertà sessuale" e spiega che lo Stato ha ceduto alla vittima il monopolio dell'azione penale per preservare il suo diritto alla privacy ed evitare la vittimizzazione secondaria, in modo che le conseguenze che possono derivare in termini di impunità non debbano essere valutate nel perseguimento del reato.

21.- Nel caso di vittime minorenni, persone con disabilità NEP e disabili, la Procura deve anche valutare "gli interessi legittimi coinvolti". Ritengo che l'azione della Procura nel regime speciale sia assolutamente facoltativa, anche se l'attuale formulazione del precetto consente una lettura diversa. Mentre gli altri reati semi-pubblici che prevedono la possibile azione parallela della Procura in questi casi affermano che "può denunciare", l'articolo 191.1 c.p. stabilisce che "è sufficiente una denuncia". Ciò ha portato la dottrina maggioritaria a ritenere che i reati di violenza sessuale e molestie diventino reati pubblici quando colpiscono vittime con queste caratteristiche. Tuttavia, come ha sottolineato un settore dottrinale minoritario, quando il precetto afferma che "è sufficiente la denuncia", non significa che questa sia

obbligatoria, ma semplicemente che la denuncia non è necessaria, come il precetto prevede nel sistema generale. D'altra parte, si potrebbe pensare che in questi casi non sia necessario ponderare gli interessi in gioco, poiché questa aggiunta non compare nel sistema speciale. Tuttavia, come sottolineato dall'Avvocatura dello Stato, è necessario valutare anche gli interessi personali del minore o della persona con disabilità. Paradossalmente, la ponderazione degli interessi viene effettuata nel regime speciale, dove non è prevista, eppure nel regime generale non viene effettuata (perché in pratica la Procura non è autorizzata a sporgere denuncia se la vittima non è d'accordo). Pertanto, de lege ferenda, sarebbe opportuno che l'articolo 191.1 incorporasse espressamente la necessità di ponderazione nei casi del secondo paragrafo, in quanto potrebbero esserci interessi legittimi che rendono consigliabile non presentare la denuncia in questi casi

22.- L'espresso divieto di indulto contenuto nell'articolo 191.2 del Codice Penale vigente è un riferimento assolutamente superfluo, in quanto è sufficiente applicare i criteri generali contenuti nell'articolo 130 c.p. affinché l'indulto non possa essere applicato ai reati contro la libertà sessuale. L'obiettivo del legislatore era puramente simbolico, in quanto ha cercato di rompere con quella che era stata la regola generale di tutta la codificazione spagnola. Tuttavia, oggi non è necessario ricordare che il perdono della parte offesa non estingue la responsabilità penale nei reati sessuali. Diverso è il discorso che la volontà della vittima debba essere ascoltata in merito all'avvio e alla prosecuzione del procedimento penale per evitare una nuova vittimizzazione, ma questa volontà deve essere ricercata durante la fase di indagine penale, in modo che il procedimento possa essere chiuso e la vittima possa successivamente sporgere denuncia se cambia idea. Ciononostante, nella fase processuale, il ritiro della denuncia non può avere alcun effetto sulla sentenza.

23.- Proposte di *lege ferenda:*

In virtù delle carenze riscontrate nell'attuale formulazione dell'articolo 191 c.p., e con l'obiettivo di armonizzare tale precetto con i requisiti derivanti dalla normativa internazionale e dall'attuale interpretazione giurisprudenziale, si propongono le seguenti formulazioni alternative:

Proposta di riforma n. 1:

"Nel perseguire i reati di aggressione e molestia sessuale, sarà necessaria una denuncia da parte della persona offesa, del suo rappresentante legale o una denuncia da parte della Procura della Repubblica, che agirà ponderando gli interessi legittimi coinvolti. Questi interessi si riferiscono alla necessità di preservare la privacy delle vittime e di evitare la loro rivittimizzazione.

Quando la vittima è un minore, un disabile che necessita di una protezione speciale o una persona indifesa, la Procura della Repubblica può sporgere denuncia, soprattutto tenendo conto degli interessi menzionati nel paragrafo precedente."

Proposta di riforma n. 2:

"Nel perseguire i reati di violenza sessuale e molestie sessuali, non è necessaria né la denuncia della persona offesa né la sua rappresentanza legale.

Nonostante le disposizioni del paragrafo precedente, nell'indagine e nel perseguimento di questi reati, la Procura dovrà tenere in particolare considerazione gli interessi delle vittime, tenendo conto dei loro desideri, in modo che il processo non comporti un'eccessiva intrusione nella loro privacy o generi una seconda vittimizzazione.

Nel caso in cui la vittima sia un minore, un disabile bisognoso di particolare protezione o una persona indifesa, la Procura terrà in particolare considerazione i suddetti interessi."

La prima proposta di riforma presenta una maggiore idoneità a preservare il ruolo preponderante delle vittime nel processo penale per questi reati. Questa proposta sostiene la continuità del modello attuale, ma con la precisazione dei "legittimi interessi in gioco" che la Procura deve soppesare. Gli interessi pubblici nel perseguimento dei reati non scompaiono dall'equazione, poiché la Procura è tenuta a valutarli in conformità con le disposizioni dell'articolo 1 del suo Statuto organico e dell'articolo 124 CE. Tuttavia, viene

sottolineato il primato degli interessi della vittima, al fine di evitare decisioni che li contrastino.

Nel caso in cui questo modello sia considerato incompatibile con la nuova Direttiva UE, si sconsiglia l'abrogazione dell'articolo 191 e la conversione di questi reati in reati perseguibili d'ufficio. Si propone invece di attuare una riforma analoga a quella suggerita nella proposta n. 2.

In entrambe le proposte viene introdotta la necessità che la Procura effettui una ponderazione degli interessi concorrenti, sia nel regime generale che in quello speciale. Lo status di minore, di disabile bisognoso di particolare protezione o di disabile non giustifica la conversione automatica dei reati sessuali in reati pubblici, dal momento che devono essere ponderati anche il diritto alla privacy e la dignità del minore.

Entrambe le proposte sono state limitate ai reati di violenza e molestie sessuali, in linea con l'oggetto di studio. Tuttavia, poiché non sono state trovate ragioni che giustifichino tale limitazione dell'ambito di applicazione del precetto, esso potrebbe essere esteso agli "atti descritti nel presente titolo".

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, pp. 167-182.

ACALE SÁNCHEZ, María, «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», en: CUERDA ARNAU, María Luisa (Dir.), *Comentarios al Código Pena*l, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1292-1307.

ACALE SÁNCHEZ, María, «La reforma del delito de agresiones sexuales: Un apunte relevante en nuestra agenda política», en: LEÓN ALAPONT, José (Dir.), *Temas clave de derecho penal: Presente y futuro de la política criminal en España,* Bosch, Barcelona, 2021, pp. 59-88.

ACALE SÁNCHEZ, María, «Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma», *IgualdadES*, n.º 5, 2021, pp. 467-485.

ACALE SÁNCHEZ, María, *Violencia sexual de género contra mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus, Madrid, 2019.

ACALE SÁNCHEZ, María, «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-254.

ACALE SÁNCHEZ, María, «Tratamiento penal de la violencia sexual, la forma más primaria de violencia de género», en: FARALDO CABANA, Patricia, ACALE SÁNCHEZ, María (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 71-102.

ACALE SÁNCHEZ, María, «Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º 10, 2013, pp. 12-64.

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

AGUADO LÓPEZ, Sara, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (6)», en: BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal: Parte Especial,* vol. I, Iustel, Madrid, 2016, pp. 425-264.

ÁGUEDA, Pedro, y HERRERA, Elena, (6 de septiembre de 2023), «Jenni Hermoso declara ante la Fiscalía y formaliza su denuncia por el beso no consentido de Luis Rubiales», *ElDiario.es*, Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/jenni-hermoso-declara-fiscalia-formaliza-denuncia-beso-no-consentido-luis-rubiales_1_10492387.html

AGUSTINA, José R. (Coord.), *Comentarios a la ley del "solo sí es sí": Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre,* Atelier, Barcelona.

ALBA RICO, Santiago, (25 de febrero de 2018), «Discurso contra las víctimas», *Contexto*, Disponible en: https://ctxt.es/es/20180221/Firmas/18039/alba-rico-victimas-feminismo-8m-huelga.htm

ALBORA, Francisco, «El querellante y la víctima», en: ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Dir.), *El derecho penal del siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 297-309.

ALESSIO, Andrés, *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007.

ALEXY, Robert, «Derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio)», en: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 419-502.

ALMODÓVAR PUIG, Borja, *¿Derecho penal "privado? Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ALMODÓVAR PUIG, Borja, *Delitos perseguibles a instancia de parte: respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Navarra, 2016.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa», en: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), *Mujer y Derecho Penal:*

¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 91-129.

ALONSO RIMO, Alberto, *El diálogo como derecho: Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Dykinson, Madrid, 2024.

ALONSO RIMO, Alberto, «¿No tienen derecho a una reparación integral del daño las víctimas de violencia de género y de delitos sexuales?: prohibición de mediación penal en esas infracciones a la luz de los estándares europeos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 63, 2024, pp. 93-132.

ALONSO RIMO, Alberto, «Perseguibilidad a instancia de la víctima», en: BOIX REIG, Javier (Dir.), *Diccionario de derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 797-808.

ALONSO RIMO, Alberto, «El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora», en: CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, ORTS BERENGUER, Enrique, CUERDA ARNAU, María Luisa (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 123-144.

ALONSO RIMO, Alberto, «La víctima en el sistema de justicia penal II», en: BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep Mª (Coords), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 345-406.

ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALONSO RIMO, Alberto, «Implicaciones de la perseguibilidad privada y del perdón en la esfera de los delitos contra la libertad sexual», en: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coord.), *Mujer y Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 261-274.

ALONSO RIMO, Alberto, *El Perdón del Ofendido en el Ordenamiento Jurídico-Penal Español: Evolución Legislativa y su Análisis Dogmático*, Valencia, 1994.

ALONSO y ALONSO, José Manuel, «De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 12, 1946, pp. 2-15.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, 2023, pp. 1-28.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, y DEL MOLINO ROMERA, Mercedes, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en: BRAVO BOSCH, María José (Dir.), *Feminización y justicia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2019-2039.

ANDRÉS PUEYO, Antonio, y NGUYEN, Thuy, (2020), «La reincidencia sexual: breve resumen del estado de la cuestión», *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19,* Disponible en: https://postc.umh.es/minipapers/la-reincidencia-sexual-breve-resumen-del-estado-de-la-cuestion/

ANTÓN ONECA, José, y RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro Madrid, 1949.

AÑÓN ROIG, María José, «La violencia contra las mujeres como discriminación», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 280, 2021, pp. 617-653.

AÑÓN ROIG, María José, «El concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico español: balance crítico y propuestas de un concepto holista e integral», *Ars Iuris Salmanticensis*, n.º 7-1, 2019, pp. 67-95.

AÑÓN ROIG, María José, «Derechos Humanos y obligaciones positivas», en: BERNUZ BENEITEZ, María José, CALVO GARCÍA, Manuel (Eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 43-72.

ARAMBURU Y ARREGUI, Juan Domingo, *Instituciones de Derecho Penal Español arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1850*, Imp. y lit. de D. Benito González, Oviedo, 1860.

ARENAL, Concepción, *El Derecho de gracia ante la Justicia y el reo, el pueblo y el verdugo,* La España Moderna, Madrid, 1893.

ARÉVALO, Leandro, «Artículos 71 a 75», en: RIQUERT, Marcelo Alfredo (Dir.), *Código Penal de la Nación: Comentado y Anotado*, t. I, Erreius, Buenos Aires, 2022, pp. 467-478.

ARMENTA DEU, Teresa, «Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria», en PICÓ y JUNOY (Dir.), *Principios y garantías procesales: "Liber Amicorum" en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 441-456.

ARMENTA DEU, Teresa, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», *Revista del poder judicial*, n.º 58, 2009, pp. 261-298.

AROCENA, Gustavo, *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2017, pp. 149-174.

ASHWORTH, Andrew, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

ASÚA BATARRITA, Adela, *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ASÚA BATARRITA, Adela, «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, pp. 221-244.

ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso político», en: RINCÓN, Ana (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género,* Emakunde: Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp. 45-102.

AURIOLES MONTERO, Ildefonso, *Instituciones del Derecho Penal de España, escritas con arreglo al nuevo Código,* Establecimiento Tipográfico de D. Ramon Rodríguez de Rivera, Madrid, 1849.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BALCARCE, Fabián, «La acción penal como pretensión punitiva», en: LASCANO, Carlos J. (Dir.), *Derecho penal: Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2005, pp. 594-641.

BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho Penal de España,* Tucar Ediciones, Madrid, 1977.

BARBIROTTO, Pablo A., «Análisis de la derogada figura del avenimiento prevista en el artículo 132º del Código Penal de la Nación Argentina. ¿Es razonable su derogación?», *Pensamiento penal,* 2012*,* pp. 1-5.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias,* vol. I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

BARJOLA RAMOS, Nerea, *Microfísica sexista del poder. El caso Alcàsser y la construcción del terror sexual*, Virus Editorial, Barcelona, 2018.

BARRY, Kathleen, «Teoría del feminismo radical: política de la explotación sexual», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 189-210.

BARTOLINI, Roberto, PELISSERO, Marco, SEMINARA, Sergio, *Diritto penale: lineamenti di parte speciale*, Giappicheli, Torino, 2022.

BATTAGLINI, Giulio, *La querela*, Utet, Torino, 1958.

BEGUÉ LEZAÚN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Ley Orgánica 11/99*, de 30 de abril, Bosch, Barcelona, 1999.

BELING, Ernst, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungssungsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1928.

BERGALLI, Roberto, y BODELÓN, Encarna, «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico», *Anuario de Filosofía del Derecho,* n.º 9, 1992, pp. 43-73.

BIGLINO, Paloma, «artículo 17», en: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Critica, Barcelona, 2018, pp. 80-83.

BILBAO UBILLOS, Javier, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BODELÓN, Encarna, «Igualtat i difèrencia en les teories jurídiques feministes», en BODELÓN, Encarna GIMÉNEZ, Pilar (Coords.), *Constuint el dret de les dones: dels conceptes a les polítiques locals*, Diputació de Barcelona, 2008, pp. 99-126.

BOIX REIG, Javier, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, pp. 5-22.

BOIX REIG, Javier, *El delito de estupro fraudulento*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979.

BOIX REIG, Francisco Javier, «Irrelevancia del perdón en el delito de violación», *Revista de la Universidad de Alicante*, n.º 3 y 4, 1984, pp. 69-70.

BOIX REIG, Francisco Javier, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BOIX REIG, Javier, «De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual», en: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coord.), *Mujer y Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 11-20.

BOIX REIG, Javier, y ORTS BERENGUER, Enrique, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín (Coords.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pp. 1007-1032.

BOIX REIG, Francisco Javier, «Delitos contra la libertad sexual», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n.º 20, 2019, pp. 200-203.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, «Obligaciones estatales positivas con filtro morado o perspectiva de género», *La Ley Penal*, n.º 148, 2021, pp. 1-19.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, «¿Cumple España los estándares internacionales y europeos en materia de obligaciones positivas con perspectiva de género?», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020, pp. 1-29.

BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2001.

BÜLOW, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

BUSTOS, Juan, y LARRAURI, Elena, *Victimología: presente y futuro: hacia un sistema penal de alternativas,* Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.

BUTLER, Judith, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Barcelona, 2007.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco Manuel, *La garantía constitucional de la inocencia*, Universitat de València, Valencia, 2003.

CAFFERATA NORES, José, «El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual», *La ley: Revista Jurídica Argentina*, n.º 2000-C, 2000, pp. 250-254.

CALLEJO HERNANZ, Gregorio, y MARTÍNEZ PATÓN, Víctor (Coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario,* Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022.

CALLETI, Gian Marco, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Fondazione Bologna University Press, Bologna, 2023.

CÁMARA ARROYO, Sergio, «Delitos contra la libertad sexual», en: SERRANO TÁRRAGA, María Dolores (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2024, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 221-304.

CAMPOS RUBIO, Arantza, «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica», en: ASTOLA MADARIADA, Jasone (Coord.), *Mujeres y Derecho, pasado y presente*, Universidad del País Vasco, País Vasco, 2008, pp. 167-226.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025, pp. 1097-1144.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Delitos sexuales», en: DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero,* Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 359-382.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 80, 2011, pp. 5-19.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6, 1999, pp. 1626-1633.

CANO CUENCA, Adoración, «La intervención del fiscal en delitos sexuales contra menores», en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María, ORTS BERENGUER, Enrique

(Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 287-313.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Autodeterminación personal y dignidad: una legislación en consolidación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 49, 2023, pp. 124-140.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Título X: Capítulo I», en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 990-1011.

CARMONA SALGADO, Concepción, «Delitos contra la libertad sexual (II)», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial,* t. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 329-356.

CARMONA SALGADO, Concha, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona, 1981.

CARMONA SALGADO, Concepción, «Los delitos de abusos deshonestos en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 249, 1980, pp. 5-44.

CARRETERO SANJUAN, Maite, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la violencia contra la mujer», *Anales de Derecho*, n.º Extra 1, 2020, pp. 1-26.

CASABÓ RUIZ, José Ramón, «La aplicación del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fasc. II, 1979, pp. 919-929.

CASADO-NEIRA, David, y MARTÍNEZ, María, «La víctima simulada: identidades forzadas en la violencia de género», *Política y Sociedad*, n.º 53 (3), 2016, pp. 879-896.

CASTEJÓN, Federico, *Derecho Penal*, t. I, Editorial Reus, Madrid, 1931.

CASTEJÓN, Federico, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944,* Madrid, 1944.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8882, 2016, pp. 1-14.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «La dispensa del deber de declarar del art. 416 Lecr., a debate», en: PUENTE ALBA, Luz María (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género: Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pp. 343-358.

CATALÁN CHAMORRO, María José, «La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 63, 2024, pp. 1-40.

CATALINA BENAVENTE, M.ª Ángeles, «Los "legítimos intereses en presencia" como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada», en: FERNÁNDEZ BENAVENTE, Javier Gustavo (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 743-804.

CATALINA BENAVENTE, M.ª Angeles, «¿Se debe tener en cuenta la voluntad de la voluntad de la víctima de violencia de género para iniciar o continuar el proceso penal?», en: PUENTE ALBA, Luz María (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género: Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, pp. 279-321.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CHRISTIE, Nils, «The ideal victim», en: FATTAH, E.A. (Coord.), *From Crime Policy to Victim Policy*, Palgrave Macmillan, London, 1986, pp. 17-30.

CHRISTIE, Nils, «Conflicts as property», *The British Journal of Criminology*, n.º 17, 1977, pp. 1-15.

CLÉRICO, Laura, «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en: CARBONELL, Miguel, GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 115-156.

COBO DEL ROSAL, Manuel, y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos, *El acoso sexual,* CESEJ Ediciones, Madrid, 2006.

COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español», *Estudios Penales y Criminológico*s, n.º 6, 1981-1982, pp. 11-53.

COLMENAR MALLÉN, María del Carmen, «La capacidad de la persona: evolución histórica, desde el Derecho romano hasta el Derecho actual», en: MONTAÑANA CASANÍ, Amparo, y LÁZARO GUILLAMÓN, María del Carmen (Coords.), *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal*, Publicacions de la Universitat Jaume I y Agencia Estatal BOE, 2023, pp. 40-87.

COONTZ, Stephanie, *Historia del matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona, 2006.

CÓRDOBA RODA, Juan, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004.

CORNACCHIA, Luigi, «Paternalism and moral limits of criminal law», en: MASFERRER, Aniceto (Ed.), *Criminal law and morality in the age of consent: interdisciplinary perspectives,* Springer, Suiza, 2020, pp. 229-244.

CORNACCHIA, Luigi, «Vittime e giustizia criminale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4, 2013, pp. 1760-1793.

CORNACCHIA, Luigi, «Consideraciones sobre las condiciones de punibilidad», en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, CARO JOHN, José Antonio (Ed.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 327-344.

CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum,* n.º 1989-1-8, 1989, pp. 139-167.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal, Parte Especial,* t. II, Bosch, Barcelona, 1943.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *El nuevo Código Penal español, Libro primero*, Bosch, Barcelona, 1929.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal: Parte General,* Tecnos, Madrid, 2015.

CUERDA ARNAU, María Luisa, y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en: MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, GARCÍA PÉREZ, Octavio, CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, GARCÍA ESPAÑA, Elisa (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1295-1313.

CUERDA ARNAU, María Luisa, «Los discursos sociales y jurídicos acerca de la prostitución: dudas y certezas», en: PERIAGO MORANT, Juan (Dir.), *La prostitución en la Comunidad Valenciana: un enfoque abolicionista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 17-32.

CUERDA ARNAU, María Luisa, «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 1-45.

CUERDA ARNAU, María Luisa, «Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género: consideraciones críticas», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010, pp. 1-44.

CUGAT MAURI, Miriam, «Lección 21ª: Disposiciones comunes a los delitos sexuales», en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Derecho Penal Español: Parte Especial,* t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 717-722.

CUGAT MAURI, Miriam, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, Jueces para la democracia, n.º 20, 1993, pp.73-83.

DAMIÁN MORENO, Juan, «Eficacia de la ley procesal en el tiempo: claves para una reconstrucción de la teoría de la irretroactividad de las normas procesales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 28, 2024, pp. 147-167.

DE CASTRO Y OROZCO, José, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones,* Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, Granada, 1848.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, «La reforma del derecho a la dispensa del deber de declarar en violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 58, 2022, pp. 1-41.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «El proceso penal: función específica, principios y especiales características», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)*, Curso de Derecho Penal: Parte General, Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 2010, 27-94.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, «El principio de oportunidad: experiencias en el proceso penal español», en: CALAZA LÓPEZ, Sonia, MUINELO COBO, José Carlos (Dirs.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 131-166.

DE LUCA, Javier, y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., «Delitos contra la integridad sexual», en: BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio R. (Dirs.), *Código Penal y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 552-660.

DE LUCA, Javier, y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

DE LUIS GARCÍA, Elena, «El derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 27, 2019, pp. 494-515.

DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia, «Introducción: de la teoría feminista y movimientos feministas», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización,* vol. 1, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 13-90.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, Ana, *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*, Cátedra, 2016.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, pp. 597-615.

DE TORRES GUAJARDO, Ignacio, «Revisión crítica del requisito de perseguibilidad en los delitos sexuales», *La Ley Penal*, n.º 151, 2021, pp. 1-17.

DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo,* Colex, Madrid, 1991.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, SANTOS VIJANDE, Jesus Mª, *Publicidad y secreto en el proceso penal,* Comares, Granada, 1996.

DEL POZO PÉREZ, Marta, «El pacto de estado contra la violencia de género: justificación, génesis y primeras consecuencias», en: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 247-263.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La punibilidad», en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, t. II, Iustel, Madrid, 2015, pp. 385-392.

DESPENTES, Virgine, *Teoría King Kong*, L'altra editorial, Barcelona, 2018.

DÍAZ CABILE, José Antonio, «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-04, 2022, pp. 1-49.

DÍAZ MORGADO, Celia, «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 665-718.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, y TRAPERO BARREALES, Anunciación, «Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul», en: PÉREZ MANZANO, Mercedes (Coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2020, pp. 223-233.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 21, 2019, pp. 1-29.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, CORCOY BIDASOLO, Miretxu, CASTIÑEIRA PALOU, Mª Teresa (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje a Santiago Mir Puig,* IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 523-538.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María (Coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, vol. II, 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 575-595.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º 6, 2000, pp. 69-102.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1982.

DOINEL, Anita, *Me lo merezco: historias de ternura, sanación y buenos tratos*, Editorial Avenate, Andalucía, 2023.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 78, 2006, pp. 333-372.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en: BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio F., MORILLAS CUEVA, Lorenzo, PERIS RIERA, Jaime Miguel (Coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: Libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 221-243.

DONINI, Massimo, «Il delitto riparato. Un disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio», *Diritto Penale Contemporaneo*, nº. 2, 2015, pp. 236-250.

DONINI, Massimo, «Principios constitucionales y sistema penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010, pp. 1-20.

DONINI, Massimo, «El derecho penal diferenciado: la coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007, pp. 1-18.

ECHEBURÚA, Enrique, AMOR, Pedro J., LONAZ, Ismael, DE CORRAL, Paz, «Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja -Revisada- (EPV-R)», *Psicothema*, v. 22, n. 4, 2010, pp. 1054-1060.

ECHOLS, Alice, «The New Feminism of Yin and Yang», en: SNITOW, Ann, STANSELL, Christine, THOMPSON, Sharon (Coords.), *Powers of desire. The Politics of Sexuality,* Monthly Review Press, Nueva York, 1983, pp. 59-439.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (Dir.), *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018, pp. 981-1138.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, y DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «La violación: ¿Delito público o semipúblico? (Sobre la conveniencia de configurar la violación como delito perseguible de oficio)», *Actualidad Penal*, n.º 3, 1993, pp. 493-505.

ESTEBAN GARCÍA, Marco, (6 de diciembre de 2021) «La anulación jurisprudencial del requisito de procedibilidad del art. 191 CP en los delitos sexuales», *Elderecho.com: noticias jurídicas y actualidad (LEFEBVRE),* Disponible en: https://elderecho.com/la-anulacion-jurisprudencial-del-requisito-de-procedibilidad-del-art-191-cp-en-los-delitos-sexuales

ESTEVE MALLET, Lara, *Violencia de género en el Código Penal español. Análisis del artículo 172 Ter,* Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia, 2016.

ESTRELLA RUIZ, Blanca, «Prólogo. Artículo 125 de la Constitución Española de 1978», en: LATORRE LATORRE, Virgilio, *Acción popular. Acción colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 15-20.

FACIO, Alda, «Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas», *Pensamiento Iberoamericano*, n.º 9, 2011, pp. 3-20.

FARALDO CABANA, Patricia, «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 255-284.

FARALDO CABANA, Patricia, «Razones para la reforma del delito de violación», en: BARONA VILAR, Silvia (Ed.), *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial*, supranacionalidad y seguridad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 177-204.

FARALDO CABANA, Patricia y ACALE SÁNCHEZ, María (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FARALDO CABANA, Patricia, «Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en: FARALDO CABANA, Patricia, ACALE SÁNCHEZ, María (Dirs.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 31-69.

FARALDO CABANA, Patricia, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FELLINI, Zulita, y MORALES, Carolina, *Violencia contra las mujeres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores, *La intervención de la víctima en el proceso penal. Especial referencia a la acción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Gabriel, «Principio de debida diligencia y violencia de género en la casuística del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: MARTÍN RÍOS, B., AGUILAR CÁRCELES, M. M. (Coords.), *Mujer y Derecho*, Astigi, Sevilla, 2020, pp. 89-103.

FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, *Introducción al derecho procesal penal: (especialmente dirigido a policía judicial y criminólogos)*, Dykinson, Madrid, 2016.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal,* Trotta, Madrid, 1995.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Punibilidad y proceso penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008, pp. 1-16.

FERRER COSTA, Maria Teresa, «La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal. Pasado, presente y futuro», *Lex criminalis*, n.º 3, 2023, pp. 3-21.

FIANDACA, Giovani, y GIARDA, Angelo, *Codice penale. Condice di procedura penale. Leggi complementari,* Wolkers Kluwer, Milano, 2019.

FIGARI, Rubén E., «Arts. 119 a 120: abusos sexuales», en: Asociación Pensamiento Penal (Ed.), *Código Penal Comentado de Acceso Libre*, APP, Buenos Aires, 2018, pp. 1-224.

FLETCHER, George, «Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims», *Lewis & Clark Law Review*, n.º 9-3, 2005, pp. 547-557.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal: introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2017.

FRAGA UTGES, Victoria, SANTANGELO, Gisela (Coords.), *Violencias sexuales, género y sistema penal*, Editores del Sur, 2021.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, «A la búsqueda de alternativas en la justicia desde los feminismos», en: SERRA SÁNCHEZ, Clara, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina, MACAYA ANDRÉS, Laura (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad,* Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 65-77.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, y ZULOAGA LOJO, Lohitzune, «Claves para una mirada amplia sobre la introducción de la perspectiva de género en el atestado policial», *Jueces para la democracia*, n.º 8, 2019, pp. 3-11.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, «La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, pp. 1-39.

FREUND, Georg, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», en.: WOLTER, Jürgen, FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral*

del Derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 91-128.

FRIEDAN, Betty, *La mística de la feminidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2019.

FUENTES SORIANO, Olga, «Sobre la mediación y su prohibición en violencia de género», en: SIGÜEZA LÓPEZ, Julio, GARCÍA-ROSTÁN, Calvín (Dirs), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal,* Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 239-280.

FUENTES SORIANO, Olga, «La iniciación cuasipública de los procesos por delitos sexuales», *Anuario de Derecho Penal*, n.º 1999-2000, 2000, pp. 1-18.

FUERTES IGLESIAS, Carlos, *El nuevo derecho penal sexual español y los menores: claves para la protección penal de su libertad e indemnidad sexuales en un escenario de cambio*, Aranzadi, Navarra, 2024.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «Las perspectivas de género en Derecho Penal: algunas reflexiones», en: VIVAS LARRUY, Ángeles (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, p. 449-492.

GARCÍA ARROYO, Cristina, «El nuevo delito del art. 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico», *Revista Penal*, n.º 53, 2024, pp. 82-96.

GARCÍA BUENO, Jesús, (3 de octubre de 2024), «Te hacen creer que lo mejor es contarlo, pero luego te abandonan», *El País*, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2024-10-03/carta-de-una-victima-de-violacion-te-hacen-creer-que-lo-mejor-es-contarlo-pero-luego-te-abandonan.html

GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, Faustino, *Las obligaciones estatales de tutela penal: fundamentos constitucionales del Derecho penal en el Estado Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2001.

GARCÍA ORTIZ, Andrea María, «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una mirada antipunitivista», en: CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, COLÁS TURÉGANO,

M. Asunción (Dirs.), *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 537-576.

GARCÍA ORTIZ, Andrea María, y MOLINA SÁNCHEZ, Mireia, «Inteligencia artificial y prevención de la violencia contra las mujeres: la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del deber de debida diligencia », *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 44, 2023, pp. 1-33.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, «Sobre el Estado actual del debate en torno a la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 39, 2019, pp. 709-753.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Signos de privatización del Derecho penal en el siglo XXI», en: ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (Ed.), *El derecho ya no es lo que era: las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, 2021, pp. 403-427.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. I, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARLAND, David*, La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GARRO CARRERA, Enara, «De lo que quieren las víctimas… y de lo que puede darles el Derecho penal. Algunas reflexiones sobre el papel de la atenuante de reparación del daño 25 años después», en: POZUELO PÉREZ, Laura, RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel (Coords.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021, pp. 137-170.

GASTIAZORO, María Eugenia, SGRÓ RUATA, Candelaria, «Justicia en clave feminista y comunitaria: des(bordes) frente a las institucionalidades patriarcales», *PURIQ,* vol. 3, n.º 4, 2021, pp. 780-796.

GAVILÁN RUBIO, María, «Los delitos contra la libertad sexual al amparo de la LO 10/2022: el consentimiento como elemento vertebrador del delito de agresión sexual, la revisión de sentencias firmes y la denuncia como requisito de procedibilidad», en:

ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.), *Derecho penal 2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 159-172.

GIL GIL, Alicia, «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*», Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2016, pp. 1-39.

GIL RUIZ, Juana María, «La catarsis del derecho ante la subordiscriminación», en: GIL RUIZ, Juana María (Ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 27-42.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho Penal,* Tecnos, Madrid, 1994.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho procesal penal,* Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2018.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Civitas, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004.

GISBERT GRIFO, Susana, «La agravante de discriminación por género como agravante de odio», en: ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.), *Derecho penal 2023*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 173-194.

GISBERT GRIFO, Susana, y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Género y violencia: análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GIUDICE, Lucía, «La dicotomía público/privado y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Un análisis a través de la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 24, 2023, pp. 184-208.

GIUNTA, Fausto, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1993.

GOENAGA OLAIZOLA, Reyes, «Delitos contra la libertad sexual», *Eguzkilore*, n.º 10, 1997, pp. 95-120.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «Historia, sistemas y política criminal», en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 33-54.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La instrucción del proceso: su estructura esencial», en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 151-184.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «Los principios del proceso penal», en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia (Coords.), *Introducción al Derecho Procesal: Derecho Procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 279-296.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «El objeto del proceso», en: MONTERO AROCA, Juan (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Pena*l, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 114-131.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española,* t. III, Imprenta Sánchez, Madrid, 1881.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica,* t. III, Imprenta Sánchez, Madrid, 1865.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El proceso penal: tratamiento jurisprudencial*, Editorial Forum, Oviedo, 2004.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Volodina contra Rusia y S. M. contra Croacia: la jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres», *IgualdadES*, n.º 5, 2021, pp. 311-348.

GÓMEZ INIESTA, Diego José, «CAP VI: Disposiciones comunes a los artículos anteriores», en: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 462-465.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, «Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad», en: Universidad Compostelana (Ed.), *Colección de Estudios en*

Homenaje al Profesor Camilo Barcia Trelles, Secretariado de Publicaciones, Santiago de Compostela, 1945, pp. 81-94.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, «Artículo 191», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 613-614.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *Instituciones de Derecho procesal: Parte General,* t. I, Ediciones TAT, Granada, 1989.

GONZÁLES MONTES, Fernando, «Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos semipúblicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1983, pp. 83-93.

GONZÁLEZ PULIDO, Irene, «Análoga relación de afectividad: ante el continuo cambio de las concepciones sociales», en: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 417-430.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, «La reforma de las agresiones sexuales», *Diario La Ley*, n.º 9790, 2021, pp. 1-18.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La violación en el Código penal español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1982.

GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GRECO, Luis, «¿Penalista con la conciencia tranquila?: una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima», en: DE VICENTE REMESAL, Javier, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, OLAIZOLA NOGALES, María, TRAPERO BARREALES, María A., ROSO CAÑADILLAS, Jaime, LOMBANA VILLALBA, Jaime (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 187-197.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1991.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado,* t. V, Esteban-Hermanos Impresiones, Salamanca, 1893.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier, «La agravante de discriminación y sus reformas: Criterios interpretativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 28, 2022, pp. 117-154.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier, «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas», en: CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, ORTS BERENGUER, Enrique, CUERDA ARNAU, María Luisa (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 923-943.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009, pp. 1-41.

GÜNTHER, Klaus, «Responsability to Protect and Preventive Justice», en: ASHWORTH, Andrew, ZEDNER, Lucia, TOMLIN, Patrick (Eds.), *Prevention and the limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 69-90.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La llamada "personalidad pretérita": datos personales de las personas fallecidas y protección *post mortem* de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 5, 2016, pp. 201-238.

HERI, Corina, «Shaping Coercive Obligations through Vulnerability: The Example of the ECtHR», en: LAVRYSEN, Laurens, MAVRONICOLA, Natasa (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR,* Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 93-116.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis, «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Coord.), *Derechos sociales y ponderación,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 163-222.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia, y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana I., «Derecho a la libertad sexual y justicia restaurativa a la luz de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Derecho & Proceso*, n.º 3, 2023, pp. 3-27.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia, «Libertad sexual y violencia sexual», en: IGLESIAS CANLE, Inés C. BRAVO BOSCH, María José (Dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 265-294.

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, DEL VALLE CALZADA, Estrella, y CHIARA MARULLO, Maria (Dirs.), *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Colex, Madrid, 2024.

JARAMILLO GARCÍA, Antonio, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870,* vol. I, Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928.

JERICÓ OJER, Leticia, «Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal», en: MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), *Mujer y Derecho Penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?,* Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 285-338.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «La reforma del delito de estupro», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 176, 1, 1944, pp. 79-128.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Temas penales: La reforma de la legislación penal española*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1931.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, «La legislación penal en la República española», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 159, 1931, pp. 565-595.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, y ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal conforme al Código de 1928,* Reus, Madrid, 1929.

JIMÉNEZ PERONA, Ángeles, «El feminismo liberal estadounidense de posguerra: Betty Friedan y la refundación del feminismo liberal», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización,* vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 13-34.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2012.

KAUFMANN, Hilde, *Strafanspruch Strafklagrecht: die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Otto Schwartz, Göttingen, 1968.

LACEY, Nicola, *Unspeakable subjects: feminist essays in legal and social theory,* Hart Publishing, Oxford, 1998.

LAMADRID LUENGAS, Miguel Ángel, *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal,* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2016.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Delitos contra la libertad», en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Dir.), *Delitos. la parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 111-158.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Dir.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal,* Dykinson, Madrid, 2022, pp. 183-222.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal», *Jueces para la democracia*, n.º 27, 1996, p. 61.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Victimología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio (Dir.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2018, pp. 1151-1196.

LARRAURI, Elena, «Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2022, pp. 149-162.

LARRAURI, Elena, «¿Castigar al agresor o proteger a la víctima?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2020, pp. 14-17.

LARRAURI, Elena, «La intervención penal para resolver un problema social», *Revista Argentina de Teoría Jurídica,* n.º 12, 2011, pp. 24-45.

LARRAURI, Elena, «Igualdad y violencia de género», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2009, pp. 1-17.

LARRAURI, Elena, «Justicia restauradora y violencia doméstica», en: ASÚA BATARRITA, Adela, GARRO CARRERA, Enara (Coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 125-144.

LARRAURI, Elena, «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), *Cuadernos Penales José María Lidón: La ley de*

medidas de protección integral contra la violencia de género, Servicio de Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 157-182.

LARRAURI, Elena, «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, pp. 271-310.

LARRAURI, Elena, «El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 1997, pp. 175-196.

LARRAURI, Elena, «Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo», *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* n.º 50, 1997, pp. 133-168.

LARRAURI, Elena, «Control formal: y el Derecho Penal de las Mujeres», en: LARRAURI, Elena (Coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, pp. 93-108.

LARRAURI, Elena, «La mujer ante el Derecho Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 1992, p. 291-310.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio, DE PABLO SERRANO, Alejandro, MATEOS BUSTAMANTE, Jose (Coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 305-316.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, (19 de agosto de 2022), «Acoso antiabortista y libertad de expresión», *Almacén de Derecho*, Disponible en: https://almacendederecho.org/acoso-antiabortista-y-libertad-de-expresion

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «¿Que les corten la cabeza?» *Claves de razón práctica*, n.º 145, 2004, pp. 34-41.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española,* vol. I, Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, Madrid, 1970.

LATORRE LATORRE, Virgilio, *Acción popular. Acción colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

LATTANZI, Giorgio, y LUPO, Ernesto, *Codice di procedura penale: assegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La difícil incorporación del pensamiento feminista al Derecho penal», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio, DE PABLO SERRANO, Alejandro, MATEOS BUSTAMANTE, Jose (Coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 317-331.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 783-830.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo»", *Cuadernos de derecho judicial,* n.º 9, 2007, pp. 31-74.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género», en: ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Dir.), *Cuadernos Penales José María Lidón: La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Servicio de Publicaciones Universidad de Deusto, 2005, pp. 91-115.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La violencia de género en la Ley integral: valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 7, 2005, pp. 1-23.

LAVRYSEN, Laurens y MAVRONICOLA, Natasa, «Coercive Human Rights: Introducing the Sharp Edge of the European Convention on Human Rights», en: LAVRYSEN, L., MAVRONICOLA, N. (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-28.

LAVRYSEN, Laurens, «Positive Obligations and Criminal Law: A Bird's-Eye View on the Case Law of the European Court of Human Rights», en: LAVRYSEN, Laurens, MAVRONICOLA, Natasa (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-26.

LAZARUS, Liora, «Preventive Obligations, Risk and Coercive Overreach», en: LAVRYSEN, Laurens, MAVRONICOLA, Natasa (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 249-266.

LAZARUS, Liora, «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?», en: ROBERTS, J., ZEDNER, L (Eds.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, OUP, Oxford, 2012, pp. 1-28.

LIBANO BERISTAIN, Arantza, «Análisis crítico de la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte a la luz de la reforma penal de 2015», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 2017, pp. 469-502.

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

LIBANO BERISTAIN, Arantza, «El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte», *Revista de Derecho Penal*, n.º 34, 2011, pp. 75-90.

LIDÓN CORBI, José María, «El perdón del ofendido», *Estudios de Deusto,* n.º 33, 1985, pp. 77-104.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, GARCÍA DEL BLANCO, María Victoria, «Delitos contra la libertad», en: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2025, pp. 967-1038.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, «Prostitución y consentimiento: ¿Una contradicción en los términos?», *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, n.º 21, 2022, pp. 89-120.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, «¿Prostitución? Ni sí ni no, sino todo lo contrario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 1-34.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, «Principio de oportunidad y violencia de género», en: CALAZA LÓPEZ, Sonia, MUINELO COBO, José Carlos (Dirs.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 235-258.

LLORIA GARCÍA, Paz, «Feminismo y punitivismo: un hilo sobre el castigo», en: MIRÓ LLINARES, Fernando, CARRERAS AGERRI, Jesús (Coords.), *Derecho penal trending topic: Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 119-136.

LLORIA GARCÍA, Paz, «La obligación de denunciar los delitos sexuales sufridos por niños, niñas y adolescentes», en: PEÑA GARCÍA, Carmen, CAMPO IBÁÑEZ, Miguel

(Coords.), *El derecho canónico ante los abusos sexuales,* Dykinson, Madrid, 2023, pp. 169-186.

LLORIA GARCÍA, Paz, *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking,* Iustel, Madrid, 2020.

LLORIA GARCÍA, Paz, «Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género y el poder de castigar del Estado», *Estudios Penales y Criminológicos,* n.º 40, 2020, pp. 309-357.

LO MONTE, Elio, «Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di ciu al recente D.L. núm.93/13, con. In L. 119/13, in tema di 'femminicidio'», *Diritto Penale Contemporaneo,* 2010-2014, pp. 1-20.

LÓPEZ BARELA, Beatriz, «El delito de quebrantamiento en el ámbito de las violencias de género», *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 26, 2024, pp. 1-58.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Elena, «Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 25, 2009, pp. 383-411.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, *El nuevo Código Penal,* RDP, Madrid, 1933.

LOUSADA AROCHENA, Fernando, «El derecho fundamental a vivir sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, 2014, pp. 31-48.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MACAYA, Laura, y SOTO, Belén, *Conflicto no es lo mismo que abuso*, Genera y Hamaca, Barcelona, 2024.

MACAYA ANDRÉS, Laura, «La violación o la vida: subjetividades punitivas», en: SERRA SÁNCHEZ, Clara, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina, MACAYA ANDRÉS,

Laura (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad,* Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 109-122.

MACKINNON, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del estado,* Cátedra, Madrid, 1995.

MAGRO SERVET, Vicente, «La nueva Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de delitos sexuales: la reforma de la reforma», *Diario La Ley*, n.º 10281, 2023, pp. 1-26.

MAGRO SERVET, Vicente, «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, n.º 10518, 2024, pp. 1-28.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I, Ad hoc, Buenos Aires, 2016.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal. Parte General*, t. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MAIER, Julio B. J, «Democracia y Administración de Justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 16-17, 1992, pp. 146-163.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad,* Ministerio de Justicia: Secretaria General Técnica (Centro de Publicaciones), Madrid, 1990.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Prostitución, feminismos y justicia penal*, Comares, Granada, 2009.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, pp. 1-43.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social», *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, n.º 21, 2006, pp. 1-13.

MARCO FRANCIA, María Pilar, «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de "La Manada"», en: FARALDO CABANA, Patricia, ACALE SÁNCHEZ, María (Dirs.), *La*

Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 297-328.

MARCOS AYJÓN, Miguel, «La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1841, 1999, pp. 603-611.

MARCOS FRANCISCO, Diana, «Cuestiones problemáticas en la persecución y enjuiciamiento de los nuevos delitos leves», *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3, 2015, pp. 1-69.

MARCOS FRANCISCO, Diana, «Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, n.º 116, 2015, pp. 1-13.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, 2023, pp. 1-36.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., «La agravante genérica de discriminación por razones de género», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 1-20.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., «La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal», *Revista Prolegómenos: Derechos y valores*, n.º 42, 2011, pp. 27-42.

MARTÍN BARRANCO, María, «¿Por qué no se persiguen delitos sexuales sin denuncia de la víctima?», Nueva Revolución, Disponible en: https://nuevarevolucion.es/por-que-no-se-persiguen-delitos-sexuales-sin-denuncia-de-la-victima/

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

MARTÍN RIOS, María del Pilar, «Repercusiones en las víctimas de la publicidad del Proceso Penal», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 26, 2011, pp. 173-186.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Diccionario de la jurisprudencia penal de España*, Imprenta de la V. é hijas de A. Peñuelas, Madrid, 1874.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «Los derechos fundamentales a la protección penal como excusa para la inacción: el ejemplo del aborto y del acoso antiabortista», en: LLABRÉS FUSTER, Antoni, et. al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, en prensa.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía (Coord.), *Tres sistemas de policía predictiva en España: Viogén, RisCanvi y Veripol,* Universitat de València, 2022.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos?», en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, CUERDA ARNAU, María Luisa, GÓRRIZ ROYO, Elena (Eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 267-292.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección», en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 125-149.

MARTÍNEZ GARCIA, Elena, «La nueva Directiva en materia de violencia de género y doméstica y la diligencia debida del Estado», *La Ley Unión Europea,* n.º 126, 2024, pp. 1-19.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «Las partes acusadoras», en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia (Coords.), *Proceso penal. Derecho procesal III,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 73-90.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «Los deberes del estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 22, 2017, pp. 92-118.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa», en: HURTADO POZO, José (Dir.), *Género y Derecho Penal, Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Instituto Pacífico, Breña, 2017, pp. 141-170.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, «Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código penal español», en: Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología (Coords.), *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Ferández-Albor*, Universidade:

Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1989, pp. 481-494.

MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol, «El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP", *Diario La Ley*, n. 10272, 2023, pp. 1-25.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, «Acoso sexual a menores», en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María, ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 87-106.

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

MAUGERI, Anna Maria, «Fundamental Rights in the European legal order, both as limit on punitive power and as a source of positive obligations to criminalise", *New Journal of European Criminal Law Issue*, n.º 4, 2013, pp. 374-408.

MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad y Delito*, Reus, Madrid, 2007.

MERINO SANCHO, Víctor M., «La (a)simetría de género en el concepto de violencia: una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2019, pp. 93-126.

MESTRE I MESTRE, Ruth María, *Feminisme, dret i inmigració: una crítica feminista al dret d'estrangeria*, Servei de Publicacions Universitat de València, Valencia, 2005.

MESTRE I MESTRE, Ruth, «Estrategias jurídicas de las mujeres migrantes» en MIRANDA LÓPEZ, María Jesús, MARTÍN PALOMO, María Teresa, VEGA SOLÍS, Cristina (Coords.), *Delitos y fronteras: mujeres extranjeras en prisión*, Editorial Complutense, Madrid, 2005, pp. 217-252.

MILLET, Kate, *Política sexual*, Cátedra, Madrid, 2010.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 13, 2009, pp. 57-88.

MOLINA PETIT, Cristina, «El feminismo estadounidense desde la "Nueva Izquierda": las teorías del sistema dual (capitalismo + patriarcado)», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización,* vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 147-188.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, «El Pacto de Estado y las propuestas de reforma en el ámbito de la violencia sexual contra la mujer», en: VILLA SIEIRO, Sonia Victoria (Dir.), *Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 314-345.

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

MONTES, Jerónimo, *Derecho Penal Español,* vol. II, San Lorenzo de El Escorial, 1929.

MONTES, Pablo, (23 de agosto de 2023), «Los obstáculos de la vía penal contra rubiales», *Economist & Jurist*, Disponible en: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/los-obstaculos-de-la-via-penal-contra-rubiales/

MORALES PRATS, Fermín, *La utopía garantista del derecho penal en la nueva "Edad Media"*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015.

MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, «CAP. VI. Disposiciones comunes a los artículos anteriores (arts. 191 a 194)», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1400-1406.

MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009 (pp. 283-380).

MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

MOREL, Matías, «Instancia de oficio en delitos en contexto de violencia de género», en: EIDEM, Matías, KLEIMAN, Hernán (Dirs.), *Nuevas visiones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2023, pp. 93-131.

MORENO CATENA, Víctor, «El papel del Ministerio Fiscal en el estado democrático de derecho», *Cuadernos de derecho público,* n.º 16, 2002, pp. 139-166.

MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MORENO TORRES-HERRERA, María Rosa, «Lección 11: La punibilidad», en: MORENO TORRES-HERRERA, María Rosa (Dir.), *Lecciones de Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 207-224.

MORENO, Rodolfo, *El Código penal y sus antecedentes*, H. A Tomassi, Buenos Aires, 1923.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa María, AGUIAR CÁRCELES, Marta María, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización,* Dykinson, Madrid, 2011.

MUERZA ESPARZA, Julio, *Las reformas procesales penales de 2015, Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2015.

MUERZA ESPARZA, Julio, «Las partes en el proceso penal (I)», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 145-160.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «Delitos contra la libertad sexual», en: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 19-45.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, *Apéndice (Puesta al día de la 7ª edición),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1983.

MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1996.

MUYO BUSSAC, Pablo, «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en: MORENO FLÓREZ, Rosa María (Dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 71-78.

NARVÁEZ, Ricardo, «La misión constitucional del Ministerio Público Fiscal y el principio de objetividad», en: EIDEM, Matías, KLEIMAN, Hernán (Dirs.), *Nuevas visiones del derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2023, pp. 371-408.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal III: proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NÚÑEZ DE CEPEDA, Hilario, *1870 – Código Penal – 1932. Comentarios, Jurisprudencia, Tablas de penas*, La Coruña, 1932.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto de Derecho penal,* Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1981.

OGUETA, (17 de septiembre de 2023), «Denuncia de la víctima: requisito en agresiones sexuales», *Sin animus molestandi: blog jurídico de derecho procesal y penal*, Disponible en: https://ogueta69.wordpress.com/2023/09/17/denuncia-victima-requisito-en-agresiones-sexuales/

OLABARRÍA MUÑOZ, E., «Violencia y malos tratos en el ámbito familiar», en: RINCÓN, Ana (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género,* Emakunde: Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp. 203-216.

OLALDE GARCÍA, Ana, «A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado», *La Ley Penal*, n.º 154, 2022, pp. 1-16.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LA HERAS, Néstor, «La agravante de discriminación por razones de género fuera del ámbito de la pareja o expareja. Comentario a la Sentencia del

Tribunal Supremo número 444/2020, de 14 de septiembre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 25, 2021, pp. 343-361.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, «El caso de "La Manada": cultura de la violación y Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n. 77, 2018, pp. 60-69.

ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales(I): agresiones sexuales», en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 171-187.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (y III): Exhibicionismo y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores», en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 207-231.

ORTS BERENGUER, Enrique, y ALONSO RIMO, Alberto, «La reforma de los delitos contra la libertad sexual», en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina DIEGO DIAZ-SANTOS, María Rosario (Coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, pp. 29-66.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad sexual», en: ASÚA BATARRITA, Adela (Coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995,* Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, pp. 113-122.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Título VIII: Delitos contra la libertad sexual», en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 903-977.

ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Abusos y agresiones sexuales en el Proyecto de Código Penal de 1994», en: LATORRE LATORRE, Virgilio (Coord.), *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 21-49.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Disposición común (art. 443)», en COBO DEL ROSAL, Manuel, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coords.), *Comentarios a la legislación penal: La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal,* t. XIV, vol. I, Edersa, Madrid, 1992, pp. 479-480.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Capítulo XXXIX», en: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), *Derecho Penal: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

ORTS BERENGUER, Enrique, *El delito de violación,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1981.

OSBORNE, Raquel, «Debates en torno al feminismo cultural», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización,* vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 211-252.

OSPINA ABOGADOS, (22 de agosto de 2023), «¿Es perseguible de oficio el beso "robado" de rubiales a Jenni hermoso?», *Ospina Abogados: Especialidad Derecho Penal*, Disponible en: https://ospina.es/es-perseguible-de-oficio-el-beso-robado-de-rubiales-a-jenni-hermoso/

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado,* t. III, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870.

PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

PALI, B., STEN MADSEN, K., «Dangerous Liaisons?: A Feminist and Restorative Approach to Sexual Assault», *Temida,* n.º 14, 2011, pp. 49-65.

PARDO, Rosa, «El feminismo en España. Breve resumen, 1953-1985», en: FOLGUERA, Pilar (Coord.), *El feminismo en España: dos siglos de historia*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2022.

PARRILLA VERGARA, Javier, «Violencia sexual de género: hacia un concepto de violencia sexual no consensuado», en: VILLA SIEIRO, Sonia Victoria (Dir.), *Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 443-468.

PARRILLA VERGARA, Javier, «La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género», en: MONGE FERNÁNDEZ,

Antonia (Dir.), *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 31-70.

PASTOR, Daniel, «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los Derechos Humanos», *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1, 2005, pp. 73-114.

PASTOR, Daniel, «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en: LASCANO, Carlos Julio (Dir.), *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, pp. 793-822.

PECORELLA, Claudia, «Discriminación indirecta y derecho penal», en: DOVAL PAIS, Antonio, GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena (Dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 49-70.

PECORELLA, Claudia, «Consideraciones sobre la revocabilidad de la querella en los procesos por violencia de género», en: DOVAL PAIS, Antonio (Dir.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 169-189.

PECORELLA, Claudia, «Sicurezza vs Libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra instanze repressive e interessi della vittima», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010-2014, pp. 1-16.

PERAMATO MARTÍN, Teresa, (20 de agosto de 2019), «Violencia de género. Debida diligencia de los Estados en la prevención, protección y sanción», *El derecho*, Disponible en: https://elderecho.com/violencia-de-genero-debida-diligencia-de-los-estados-en-la-prevencion-proteccion-y-sancion

PERAMATO MARTÍN, Teresa, «La importante función del Ministerio Fiscal frente a la violencia de género», en: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 323-342.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma», en AGUSTINA, José R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras*

ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 63-78.

PÉREZ JARABA, María Dolores, «Familia y Mujer en la Constitución de 1812», en: CAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, LOZANO MIRALLERES, Jorge (Coords.), *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812.* Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos, Universidad de Jaén, 2012, pp. 255-270.

PÉREZ TORTOSA, Francesc, *Feminismos y justicia penal*, Dykinson, Madrid, 2024.

PÉREZ, Moira, «Escrache feminista, punitivismo, y la memoria larga del patriarcado», en: CRISTECHE, Mauro, PARRA, Fabiana (Coords.), *Desigualdades, resistencias y derechos en Latinoamérica y el Caribe*, Religación Press, Quito, 2023, pp. 111-140.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, *La regulación penal de la manipulación genética en España (principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995.

PERSAK, Nina, «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as a Last Resort», en: LAVRYSEN, Laurens, MAVRONICOLA, Natasa (Eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 141-159.

PIQUÉ, María Luisa, «Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional», en: DI CORLETO, Julieta (Coord.), *Género y justicia penal*, Didot, Buenos Aires, 2017, pp. 1-37.

PITCH, Tamar, *El malentendido de la víctima: una lectura feminista de la cultura punitiva*, Tinta Limón, Ciudad de México, 2024.

PITCH, Tamar, «Feminismo punitivo», en: DAICH, Deborah, VARELA, Cecilia (Coords.), *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, Editorial Bilbos, Buenos Aires, 2020, pp. 23-37.

PITCH, Tamar, *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

PITCH, Tamar, «¿Mejor los jinetes que los caballos? El uso potencial simbólico de la justicia penal por parte de los actores en conflicto», en: PITCH, Tamar, *Responsabilidades limitadas: actores, conflictos y justicia penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pp. 125-159.

PITEA, Cesare, «Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgement in M.C. v. Bulgaria», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 447-462.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, «Publicidad del proceso e intimidad de la víctima: una aproximación desde el Estatuto de la víctima del Delito», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 24, 2018, pp. 150-178.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contra la honestidad,* Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, p. 53.

POLO CASTILLO, Lucy, y HERRERA JUÁREZ, Marizza, *Violencia institucional hacia las mujeres inmigrantes: un estudio de caso en la ciudad de Valencia*, Asociación Por Ti Mujer, Valencia, 2023.

PROVERBIO, D., «Commento all'art. 609 septies», en: DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio (Dirs.), *Codice penale commentato*, Wolkers Kluwer, Vicenza, 2011, pp. 5886-5896.

PULEO GARCÍA, Alicia H., «Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical», en: DE MIGUEL, Ana, AMORÓS PUENTE, Celia (Dirs.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización,* vol. 2, Minerva España, Madrid, 2019, pp. 35-68.

QUERALT JIMÉNEZ, Juan J., *Derecho Penal Español: Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUESADA MORILLAS, Yolanda, «El delito de rapto en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche,* vol. I, 2009, pp. 129-143.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal,* Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La reforma penal de 1983,* Destino, Barcelona, 1983.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial,* Atelier, Barcelona, 2023, pp. 133-162.

RAMIRO RUEDA, Ramón, *Elementos de Derecho Penal,* Imprenta de José M. Paredes, Santiago, 1886.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de "solo sí es sí"», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023, pp. 230-255.

RECIO ZAPATA, María, ALEMANY, Alberto, y MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas, «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 43, n.º 243, 2012, pp. 54-68.

REINALDI, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código penal argentino. Ley 25.087*, Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

RENEDO ARENAL, María Amparo, «¿Mediación penal en violencia de género? No, gracias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* n.º 23, 2014, pp. 177-198.

RICCI, Francesca, «Prostitución, bien jurídico protegido y derechos violados», *Revista Integración Regional & Derechos Humanos,* vol. 11, n.º 2, 2023, 182-203.

RICOY CASAS, Rosa María, «Comentarios sobre el principio de igualdad y género en la Constitución de Cádiz (1812)», *Revista de Derecho Político*, n.º 82, 2011, pp. 457-486.

RIZO GÓMEZ, Belén, «La iniciación del proceso penal», en: ASENCIO MELLADO, José María (Dir.), *Derecho procesal penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 125-138.

ROCA MARTÍNEZ, José María, «Dando una oportunidad a la oportunidad», en: CALAZA LÓPEZ, Sonia, MUINELO COBO, José Carlos (Dirs.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 421-444.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *Perspectiva de género y prueba*, Aranzadi, Navarra, 2024.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, «Capítulo XXVI: Delitos contra la honestidad», en: ANTON ONECA, José, RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo (Dirs.), *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949, pp. 259-266.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, «Instituciones civiles en las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, ESQUINAS VALVERDE, Patricia (Dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 159-186.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Notas sobre las conformidades en los procesos penales», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2018, n.º 3, pp. 619-636.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Desarrollo y consolidación de la denominada doctrina Botín», *Revista de Derecho y Proceso Penal,* n.º 40, 2015, pp. 255-274.

RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano (Siglos XVI-XVIII),* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2003.

RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, «La preservación de la voluntad de la víctima menor de violencia sexual: denuncia, declaración y prohibición de la mediación penal», en: CALAZA LÓPEZ, Sonia, FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (Dirs.), *Justicia en red por la paz*, Dykinson, Madrid, 2023.

RODRÍGUEZ, Marcela, «Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas», en: BIRGIN, Haydée (Coord.), *Las trampas del poder punitivo*, Bilbos, Buenos Aires, 2000, 137-174.

ROIG TORRES, Margarita, «Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 22, 2000, pp. 153-308.

ROMÁN MARTÍN, Laura, *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2016.

ROMANY, Celina, «State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law», en: COOK, Rebecca (Ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, Toronto, 2011, pp. 85-115.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «Capítulo I: Del descubrimiento y revelación de secretos», en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMEO CASABONA, Carlos María

(Coords.), *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, v. II, 2004, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 683-849.

ROMERO MUÑOZ, Vicente, «Modificaciones últimas en la legislación sobre tribunales tutelares de menores», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, n.º 187, pp. 645-664.

ROMERO SESEÑA, Pablo, «El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: Reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 30, 2023, pp. 305-330.

ROMERO, José Manuel, (2 de septiembre de 2022), «La Fiscalía diseña una fórmula para evitar que los violadores acreditados se libren de la cárcel», *El País*, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-09-02/la-fiscalia-disena-una-formula-para-evitar-que-los-violadores-acreditados-se-libren-de-la-carcel.html#

ROSENDO DA SILVA, Miguel (4 de mayo de 2021), «El Supremo confirma los 9 años de prisión al líder de la secta de los Miguelianos por abuso», *El Confidencial*, Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/galicia/2021-05-04/el-supremo-confirma-los-9-anos-de-prision-al-lider-de-la-secta-de-los-miguelianos-por-abuso_3062907/

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019.

ROXIN, Claus, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en: HEFENDEHL, Ronald (Coord.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 433-458.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Civitas, Madrid, 1997.

RUIZ LÓPEZ, Cristina, «Una Directiva tardía y necesaria: la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, pp. 1-12.

RUIZ VADILLO, Enrique, «El perdón en los delitos contra la honestidad», en: ARROYO ZAPATERO, Luis, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, COBO DEL ROSAL, Manuel (Dirs.),

Comentarios a la Legislación Penal: La reforma del código penal de 1983, t. V, vol. II, Edersa, Madrid, 1985, pp. 967-984.

RUZ GUTIÉRREZ, Pablo, y JIMÉNEZ MARTÍN, Jorge, «La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 23, 2010, pp. 223-254.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, «La reforma del Derecho penal sexual», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 31, 1978, pp. 237-258.

SALORIO DIAZ, Juan M., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Colex, A Coruña, 2024.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «El principio de oportunidad, justicia restaurativa y mediación en el proceso penal: perspectivas de futuro», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 56, 2022, pp. 1-49.

SAN JUAN BELLO, Patricia, *La participación de las víctimas en el sistema penal desde la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SAN MARTÍN LOSADA, Luis, *El Código Penal de 1928: su estudio y comparación con el de 1870,* Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España: Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022 de 6 de septiembre*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2023.

SÁNCHEZ ROCAMORA, Jose Ángel, (8 de marzo de 2024) «Grupo de apoyo mutuo del feminismo antipunitivista de Valencia», El Salto, Disponible en: https://www.elsaltodiario.com/el-salto-radio/feminismo-antipunitivista-valencia-grup-suport

SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías, «El delito de rapto en el Código penal español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* n.º 144, 1924, pp. 549-565.

SANCHO LÓPEZ, Marina, «Nueva Directiva europea contra la violencia de género. Punitivismo, capacidad de agencia y garantismo», *La Ley Unión Europea*, n.º 131, 2024, pp. 1-31.

SANMARTÍN, Manuel, «El perdón de la parte ofendida en los delitos contra la honestidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 142, 1923, pp. 337-350.

SARANCENI, Luigi, «Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali», *Quest. Giust*, n.º 1, 1985, p. 1-33.

SCHAFER, Stephen, *Victimology. The victim and his criminal*, Reston Publishing, Virginia, 1977.

SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?» en: SCHÜNEMANN, Bernd (Dir.), *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288-302.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Intimidad de la víctima en el proceso. Un ejemplo en la mujer víctima de trata», en: BOIX REIG, Javier (Dir.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 231-259.

SERRA, Clara, *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, 2024.

SERRA SÁNCHEZ, Clara, «Estrategias feministas contra el paternalismo penal», *Por la Paz. La cultura del castigo: una mirada crítica*, n.º 41, 2023, pp. 1-8.

SERRA SÁNCHEZ, Clara, «Más allá de nosotras mismas», en: SERRA SÁNCHEZ, Clara, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina, MACAYA ANDRÉS, Laura (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad,* Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 41-55.

SERRANO ESTEBAN, Ana Isabel, «La mujer en el Código Penal de 1822», en: CALLEJO HERNANZ, Gregorio, MARTÍNEZ PATÓN, Víctor (Coords.), *Estudios sobre el Código Penal de 1822 en su bicentenario,* Agencia Estatal BOE, Madrid, 2022, pp. 169-182.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Inconstitucionalidad de la Ley del «solo sí es sí»: LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Diario La Ley*, n.º 10337, 2023, pp. 1-16.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal: Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2009.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, «Delito contra la libertad sexual y muerte dolosa «subsiguiente» agravada», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2022, pp. 43-79.

SERRANO MASIP, Mercedes, «Directiva de la UE Sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *La Ley Unión Europea*, n.º 126, 2024, pp. 1-17.

SILVA CASTAÑO, María Luisa, «Capítulo VI: Disposiciones comunes a los artículos anteriores: Artículos 191 a 194», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. VI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 763-770.

SILVA FORNÉ, Diego, «La codificación penal y el surgimiento del Estado Liberal en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, 2001, pp. 233-309.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Derecho penal: parte general*, Civitas, Madrid, 2025.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor», *Revista de estudios de la justicia*, n.º 11, 2009, pp. 35-56.

SILVELA, Luis, *El Derecho Penal estudiado en Principios en la legislación vigente en España,* Imprenta de M. G. Hernández, Madrid, 1879.

SIMÓ SOLER, Elisa, *Estereotipos de género en procesos por violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

SIMÓ SOLER, Elisa, *Justicia con perspectiva de género: análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad judicial en procesos por violencia sexual,* Universitat de València, Valencia, 2022.

SMART, Carol, «La mujer del discurso jurídico», en: LARRAURI, Elena (Coord.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, pp. 167-189.

SOLAZ SOLAZ, Esteban, «Algunas especialidades en el proceso penal por delitos sexuales», en: ROIG TORRES, Margarita, *Tratamiento penal de la delincuencia sexual:*

comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 59-78.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, TEA, Buenos Aires, 2000.

SOLETO MUÑOZ, Helena, y OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Dirs.), *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Dykinson, Madrid, 2023.

SRINIVASAN, Amia, *El derecho al sexo: feminismo en el siglo XXI*, Anagrama, Barcelona, 2022.

STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht: Allgemeiner Teil,* Carl Heymanns, Köln-Berlín-Bonn-München, 2000.

SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011», en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, AGUADO-CORREA, Teresa (Coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección,* Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 87-106.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, ABAD GIL, Judit, y HERNÁNDEZ-HIDALGO, Patricia, «Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia», *Revista de Victimología,* n.º 2, 2015, pp. 27-54.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en: BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep María (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TAMARIT SUMALLA, Josep M., *La reparació de la víctima en el Dret penal: estudi i crítica de les noves tendències político-criminals,* Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993.

TARDÓN RECIO, Bárbara, PÉREZ VIEJO, Jesús, y MATEOS CASADO, Cristina, «Atención sin daño, acompañamiento y reparación de las violencias sexuales contra las mujeres: hacia un modelo de respuesta crítico holístico», *Methaodos. revista de ciencias sociales*, vol. 10, n.º 1, 2022, pp. 11-26.

TARDÓN RECIO, Bárbara, *La violencia sexual: desarrollos feministas, mitos y respuestas normativas globales*, UAM, Madrid, 2017.

THEMIS, *Aportaciones de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2020, pp. 1-22, Disponible en: https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-penal

THEMIS, *Conclusiones y propuestas talleres jurídicos*, 2021, Disponible en: https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-penal

THILL, Magaly, «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», *IgualdadES*, n.º 2, 2020, pp. 157-196.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)», *Anuario de historia del derecho español*, n.º 31, 1961, pp. 55-114.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2024, pp. 183-241.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, «Ius puniendi y deber de protección estatal de los derechos, en la jurisprudencia del TEDH», en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, CUERDA ARNAU, María Luisa, GÓRRIZ ROYO, Elena (Eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 292-300.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 1-72.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, «Artículo 201», en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. II, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 697-698.

TORRES DÍAZ, María Concepción, «El derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental: crítica constitucional desde el paradigma feminista», en: Cortes Valencianas (Ed.), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Cortes Valencianas, Valencia, 2014, pp. 641-655.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en: AGUSTINA, José R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 21-36.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, «Notas sobre Derecho penal sexual y perspectiva de género», en: DE VICENTE REMESAL, Javier, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, OLAIZOLA NOGALES, María, TRAPERO BARREALES, María A., ROSO CAÑADILLAS, Jaime, LOMBANA VILLALBA, Jaime (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus Editorial, Madrid, 2020, pp. 1909-1920.

TULKENS, Françoise, «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011, pp. 577-595.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, «La eficacia vertical y horizontal de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el ámbito penal», en: DÍEZ-PICAZO, Luis María, NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 116-148.

URÍA RÍOS, Paloma, «El feminismo surca aguas procelosas», en: SERRA SÁNCHEZ, Clara, GARAIZÁBAL ELIZALDE, Cristina, MACAYA ANDRÉS, Laura (Coords.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad,* Bellaterra, Barcelona, 2021, pp. 31-40.

URÍA RÍOS, Paloma, *El feminismo que no llegó al poder: trayectoria de un feminismo crítico*, Talasa Ediciones, Madrid, 2009.

VALCÁRCEL, Amelia, «Las filosofías políticas en presencia del feminismo», en: AMORÓS PUENTE, Celia (Dir.), *Feminismo y filosofía,* Síntesis, Madrid, 2000, pp. 115-134.

VALDÉS RUBIO, José María, *Derecho Penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia,* Tomo I, Imp. del Asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, Madrid, 1909.

VAN SWAANINGEN, René, «Feminismo y Derecho Penal. ¿Hacia una política de abolicionismo o garantía penal?», en: RODENAS, Alejandra, ANDRÉS FONT, Enrique, SAGARDUY, Ramiro (Dirs.), *Criminología crítica y control social: el poder punitivo del Estado,* Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2000, pp. 119-148.

VARELA, Nuria, *Feminismo 4.0: La cuarta ola*, Ediciones B, Barcelona, 2019.

VARONA GÓMEZ, Daniel, y LARRAURI, Elena, «Una agenda criminológica para el estudio de los delitos sexuales en España», *Boletín Criminológico*, vol. 30, n.º Extra 244, 2024, pp. 1-32.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, y ZULOAGA LOJO, Lohitzune, *Mitos sobre delincuentes y víctimas: argumentos contra la falsedad y la manipulación*, Catarata, Navarra, 2019.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid, 2018.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*, Universidad del País Vasco, 1997.

VECINA CIFUENTES, Javier, y VICENTE BALLESTERO, Tomás, «Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 50, 2017, pp. 307-323.

VEGA RUIZ, *Las agresiones familiares en la violencia doméstica,* Pamplona, 1997.

VEGAS, Juan Carlos, (15 de agosto de 2016), «Actuaciones penales y procesales ante un delito contra la libertad sexual», *Tribunafeminista*, Disponible en: https://tribunafeminista.org/2016/08/actuaciones-penales-y-procesales-ante-un-delito-contra-la-libertad-sexual/#google_vignette

VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Las agresiones sexuales*, Bosch, Barcelona, 2001.

VERRI, Alessandra, «Commento all'art. 609 septies: Querela di parte», en: DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, Giorgio (Dirs.), *Codice penale commentato*,Wolkers Kluwer, Vicenza, 2015, pp. 456-465.

VIADA Y RAURET, Salvador, *Suplemento cuarto a la 4ª edición del Código Penal Reformado de 1870 concordado y comentado,* Madrid, 1906.

VIADA Y VILLASECA, Salvador, *Código Penal reformado de 1870*, t. I, Madrid, 1890.

VICENTE Y CARAVANTES, José, *Código penal reformado*, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid, 1850.

VIGANÒ, Francesco, «La arbitrariedad del no punir: sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 18, 2014, pp. 428-476.

VIGANÓ, Francesco, «Sobre las obligaciones de tutela penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 311-328.

VIGARELLO, Georges, *Historia de la violación. Siglos XVI-XX,* Ediciones Cátedra, Madrid, 1999.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», *Política Criminal*, vol. 15, n.º 29, 2020, pp. 47-75.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 1-38.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «El delito de stalking», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 379-398.

VILLACORTA MANCEBO, Luis, y CAÑO-VEGA, Antonio, *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2013.

VILLAFRATE, Annamaria, (31 de octubre de 2022), «Reati procedibili a querela di parte dal 1° novembre 2022», *Studio Cataldi: il diritto quotidiano*, Disponible en:

https://www.studiocataldi.it/articoli/45077-reati-procedibili-a-querela-di-parte-dal-1176-novembre-2022.asp

VILLAR FUENTES, Isabel, «Maltrato a personas mayores ¿víctimas vulnerables "olvidadas"?», en: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, DEL POZO PÉREZ, Marta (Dirs.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinares,* Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 193-210.

VINAGRE GONZÁLEZ, María Ángeles, «Revictimización en la fase de Instrucción Penal: el "Iter Victimae post Criminis"», en: VINAGRE GONZÁLEZ, M. A., AGUILAR CÁRCELES, M. M., SOTO CASTRO, J. E., *Víctimas y Agresores en Delitos contra la Libertad Sexual: Un análisis integral*, Bosch, Barcelona, 2024, pp. 311 y ss.

VIOQUE GALIANA, Luis Miguel, «Programas de cumplimiento normativo en Derechos Humanos», en: MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, NÚÑEZ CHICHARRO, Montserrat (Dirs.), *Información sobre sostenibilidad y diligencia debida en derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 19-100.

VIRGILIO, María, «Art. 609-septies (Querela di parte)», en: CADOPPI, Alberto (Coord.), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale"*, Cedam, Padova, 1996, pp. 220-235.

VIRGILIO, Maria, «Una vicenda dentro e fuori il parlamento. Dalla VII alla XII legislatura», en: CADOPPI, Alberto (Coord.), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale",* Cedam, Padova, 1996, pp. 481-492.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Anteproyecto del Código Penal 1992 y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1991.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

VIZMANOS, Tomás María, y ÁLVAREZ, Cirilo, *Comentarios al Código penal,* t. I, Establecimiento Tipográfico de J. Gonzáles y A. Vicente, Madrid, 1848.

VOLK, Klaus, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1978.

VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, t. I, Hijos de Reus, Madrid, 2014.

WALKOWITZ, Judith R., *La ciudad de las pasiones terribles: narraciones sobre el peligro sexual en el Londres victoriano,* Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

WOLTER, Jürgen, «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en.: WOLTER, Jürgen, FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 31-90.

XENOS, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights,* Routledge, Reino Unido, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *Principio de oportunidad y violencia de género,* Dykinson, Madrid, 2022.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual», en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, BARJA DE QUIROGA, Jacobo López (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1267-1280.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH (Gran Sala), Asunto *X e Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985.

STEDH (Gran Sala), Asunto *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998.

STEDH (Sección 1ª), Asunto *M. C. contra Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003.

STEDH (Sección 5ª), Asunto *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, de 12 de junio de 2008.

STEDH (Sección 3ª), Asunto *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009.

STEDH (Sección 1ª), Asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 10 de mayo de 2010.

STEDH (Sección 3ª), Asunto *I. G. c. Moldavia*, de 15 de mayo de 2012.

STEDH (Sección 3ª), Asunto *B. c. Moldavia*, de 16 de julio de 2013.

STEDH (Gran Sala), Asunto *O'Keeffe c. Irlanda*, de 28 de enero de 2014.

STEDH (Sección 2ª), Asunto *B.V. c. Bélgica*, de 2 de mayo de 2017.

STEDH (Sección 2ª), Asunto *E.G. c. Moldavia*, 13 de abril de 2021.

STEDH (Sección 4ª), Asunto *C. c. Rumanía*, de 30 de noviembre de 2022.

STEDH (Sección 1ª), Asunto *J. I. c. Croacia*, de 30 de enero de 2023.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, Peno, núm. 53/1985, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1985:53).

STC, Pleno, núm. 32/1987, de 12 de marzo (ECLI:TC:1987:32).

STC, Pleno, núm. 117/1987, de 8 de julio (ECLI:TC:1987:117).

STC, Sala 1ª, núm. 311/2006, de 23 de octubre (ECLI:ES:TC:2006:311).

STC, Pleno, núm. 44/2023, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:44).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1341/2000, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2000:8417).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 272/2001, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2001:1126).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 240/2002, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1016).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1882/2002, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2002:7491).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 637/2002, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2540).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 680/2005, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2005:3410).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 75/2006, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:330).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 96/2009, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1804).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 316/2013, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2262).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 705/2016, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4069).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 917/2016, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5293).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 201/2017, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1194).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 340/2018, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2663).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 567/2019, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3848).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 717/2020, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4434).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 693/2020, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4292).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 311/2020, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2160).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 352/2021, de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2021:1493).

ATS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 20306/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2021:10581A).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 224/2021, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:832).

ATS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 986/2024, de 13 de junio (ECLI:ES:TS:2024:9642A).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1019/2022, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2023:402).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 891/2022, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4755).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 861/2022, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:3976).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 271/2024, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1925).

JURISPRUDENCIA MENOR

SAP de Tarragona, Sección 4ª, núm. 176/2018, de 3 de abril (ECLI:ES:APT:2018:1102).

SAP de Oviedo, Sección 2ª, núm. 569/2023, de 4 de diciembre (ECLI:ES:APO:2023:1225A).

STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección de Apelación Penal, núm. 150/2024, de 8 de mayo (ECLI:ES:TSJCV:2024:4087).

SAP de Barcelona, Sección 5ª, núm. 168/2024, de 9 de enero (ECLI:ES:APB:2024:3404A).

SAP de Pontevedra, Sección 2ª, núm. 83/2024, de 3 de abril (ECLI:ES:APPO:2024:944).

SAP de Lleida, Sección 1ª, núm. 22/2024, de 22 de enero (ECLI:ES:APL:2024:142).

SAP de Madrid, Sección 26ª, núm. 509/2024, de 13 de marzo (ECLI:ES:APM:2024:2223A).

SAP de Barcelona, Sección 5ª, núm. 179/2024, de 1 de marzo (ECLI:ES:APB:2024:6912).