



**APUNTES DE LA MATERIA (G3191322) - FORMAS
ESPECÍFICAS DE CRIMINALIDAD I**

CURSO ACADÉMICO 2023/2024

3º GRADO DE CRIMINOLOGIA

**Inma Valeije Álvarez
Área de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela**

DATOS DESCRIPTIVOS DE LA MATERIA (G3191322) FORMAS ESPECÍFICAS DE LA CRIMINALIDAD I.

Titulación: Grado en Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela

Nombre: Formas Específicas de Criminalidad III (Código G3191421)

Carácter: Obligatoria

Curso y convocatoria: Tercero . Primer semestre

Créditos: 4.5 ECTS

Departamento: Derecho Público Especial y de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Penal

Objetivos de la asignatura

Esta materia estudiar algunas manifestaciones de la fenomenología delictiva más representativa: los delitos violentos y contra la libertad. Se pretende, por un lado, fortalecer el conocimiento en el análisis y en la investigación criminológica de los diferentes modos en los que cursa el delito y, por otro, motivar la capacidad crítica de los y las estudiantes teniendo en consideración las diferentes explicaciones teóricas sobre la etiología del crimen. Cada lección analiza las causas explicativas de cada tipo de criminalidad, de las respuestas preventivas y sancionadoras ofrecidas desde las diversas instituciones y los actores y agentes implicados en su prevención o represión. Son objetivos de la materia:

1. Conocer los conceptos básicos y fundamentales de las formas específicas del delito y sus relaciones epistemológicas con otras disciplinas.
3. Promover una visión integradora de las formas específicas de delincuencia, a nivel teórico y práctico.
4. Conocer los procesos de interacción entre las diferentes formas específicas de delincuencia.
5. Saber reconocer diferentes perfiles de delincuencia específicos.
5. Comprender la nocividad social del comportamiento y funcionamiento de estas formas específicas de delincuencia.

Resultados de aprendizaje:

- a) Conocimiento por parte del estudiantado de los conceptos fundamentales de la Criminología y de las diversas líneas de investigación.
- b) Incentivar al alumnado para una comprensión global e interdisciplinar sobre el fenómeno delictivo, superando una visión parcial y simplista.
- c) Propiciar la reflexión sobre los factores y causas que son las responsables de la aparición de los fenómenos criminales, diseñando estrategias innovadoras sobre modelos de prevención estructural e individual.
- d) Fomentar una actitud crítica en la respuesta social al problema del delito desde una perspectiva interdisciplinar en donde a la Criminología le corresponde el momento explicativo empírico, el decisional a la Política Criminal y el instrumental al Derecho Penal y Procesal.

ÍNDICE

TEMA 1: DELINCUENCIA VIOLENTA. CONCEPTO Y CLASES _____ 4

- 1. Introducción: el concepto flexible de violencia.**
- 2. El concepto de Violencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS).**
- 3. Clases de Violencia.**
- 4. Fenomenología.**
- 5. Etiología. Factores de la Violencia.**
- 6. Estrategias de prevención.**

TEMA 2: EL FENÓMENO TERRORISTA _____ 17

- 1. Primer problema: la inalcanzable definición de "terrorismo".**
- 2. Efectos negativos del terrorismo.**
- 3. Etiología y factores involucrados en el fenómeno terrorista.**
- 4. Estrategias frente al terrorismo.**
- 5. Retos específicos en el contexto de la lucha de la lucha contra el terrorismo.**
- 6. Excepciones en la legislación penal y procesal para combatir el terrorismo.**
- 7. Los delitos de terrorismo en el CP Español.**
- 8. Los delitos de terrorismo individual: Adoctrinamiento y Adiestramiento.**
- 9. Otros delitos de terrorismo: Enaltecimiento o justificación del terrorismo o denigración de las víctimas.**
- 10. Especialidades en materia de investigación.**
- 11. Sanciones penales.**
- 12. Tratamiento penitenciario y víctimas.**

TEMA 3: HOMICIDIO Y ASESINATO. ASESINO PSICÓPATA. ASESINO EN SERIE. ASESINO EN MASA. PSICÓPATAS. _____ 45

- 1. Introducción.**
- 2. Algunos datos sobre el homicidio en España.**
- 3. El delito Homicidio en el Código Penal español.**

4. El delito de Asesinato en el Código Penal español.
- 4.1. El problemático concepto de alevosía.
- 4.2. La circunstancia de precio, recompensa o promesa.
- 4.3. El problemático concepto de ensañamiento.
- 4.4. Muerte que se comete para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.
5. Los asesinatos cualificados del art. 140 CP.
6. La agravante genérica por discriminación de género y el delito de feminicidio.
7. Asesinos en masa (múltiples): tipos y subclasificaciones.
- 7.1. Asesino en serie.
- 7.2. Psicopatía y psicosis: organización vs. desorganización.
- 7.3. La psicopatía o Trastorno Antisocial de la Personalidad.
- 7.4. El tratamiento legal de las psicopatías.

TEMA 4: LA DELINCUENCIA SEXUAL. _____ 82

- I. FACTORES DE RIESGO Y PERFILES DE DELINCUENTES SEXUALES.
- II. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL TRAS LA REFORMA POR LO 10/2022.
- III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES.
- IV. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LOS DELITOS.
- V. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN.

TEMA 5: EL MALTRATO FAMILIAR: VIOLENCIA DE GÉNERO. VIOLENCIA DOMÉSTICA (PARTE I) _____ 133

1. Maltrato familiar. Violencia familiar y violencia de género.
2. El concepto de “género” según la Ley Orgánica de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género.
3. Catálogo de delitos relacionados con la violencia género tipificados en el código penal.
4. El Convenio de Estambul.
5. Objetivos fundamentales del Convenio.
6. Ámbitos de aplicación: los conceptos de violencia contra las mujeres, violencia doméstica y violencia de género.

7. Medidas de prevención.
8. Medidas de protección y apoyo.
9. Especial referencia a las Obligaciones de Derecho material.
10. Otras obligaciones legislativas en el ámbito penal.
11. Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección.
12. Migración y Asilo.
13. El Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO).
14. Adaptación de la legislación española a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul.
15. Adaptación del Código penal español a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul.
16. Delito de mutilaciones genitales.
17. Delitos de matrimonios forzados.
18. Delito de Acoso predatorio o stalking.
19. La agravante genérica por discriminación de género.
20. Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017.
21. Prevención victimal.

TEMA 6: El maltrato familiar. La violencia contra los niños y niñas en el ámbito familiar. (II PARTE)_____158

1. Introducción.
2. Concepto de violencia que se dirige a los niños y niñas.
3. La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
4. Criterios clasificatorios del maltrato infantil.
5. Tipos de violencia contra los niños y las niñas existentes en el ámbito familiar.
6. Modelos explicativos para la explicación del maltrato infantil.
7. Factores de riesgo del maltrato infantil.
8. Estrategias de prevención, sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia infantil.



Materia Formas Específicas de Criminalidad I
3º Curso del Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024

©Inma.valeije@usc.es

TEMA 1: DELINCUENCIA VIOLENTA. CONCEPTO Y CLASES

SUMARIO:

- 7. Introducción: el concepto flexible de violencia.**
- 8. El concepto de Violencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS).**
- 9. Clases de Violencia.**
- 10. Fenomenología.**
- 11. Etiología. Factores de la Violencia.**
- 12. Estrategias de prevención.**

1. Introducción

La violencia en su sentido normativo- penal, e incluso gramatical-estricto implica **fuerza física que se aplicaba sobre personas** (realmente como sinónimo de agresión corporal).¹

Sin embargo, hoy asistamos a un uso generalizado del término “violencia”, en circunstancias y con respecto a comportamientos de la más variada naturaleza, y no todas ellas tienen que ver con acciones violentas en el sentido normativo-penal, ni siquiera gramatical estricto.²

LLORIA GARCÍA llama la atención sobre este uso generalizado del término violencia en los medios de comunicación y en las conversaciones ordinarias, aplicándose en relación con conductas transgresoras de la norma que no siempre implican el uso de la fuerza física, que es, como hemos dicho previamente, el significado que tradicionalmente en el ámbito penal se otorga al término “violencia”³. Igualmente, a la misma autora también le parece sorprendente que el mismo legislador cuando elabora las leyes también recurra a veces a esta terminología mediática y poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico, para referirse a fenómenos que no son identificables con el uso de medios de coacción física (o de constricción moral) exclusivamente⁴.

Pongamos por caso el art. 1.2 de la LO 8/2021 de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia (LOPIIA) cuando define qué se entiende por violencia a los efectos de esta ley, y por extensión a los de aquellas leyes que modifica, incluido por lo tanto el Código Penal, proponiendo una concepción amplísima de lo que se debe considerar violencia.

“A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión

¹ El Diccionario panhispánico del español jurídico define la violencia en el ámbito penal como «fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos, como el robo y los delitos contra la libertad sexual, entre otros» (disponible en <https://bit.ly/38n3SrY>).

² Según el Diccionario de la RAE, la violencia es la cualidad de lo violento, que se define, en su tercera y cuarta acepción como adjetivos: que implica una fuerza e intensidad extraordinarias (3.^a), o que implica el uso de la fuerza, física o moral (4.^a). La violencia moral sería la que se identifica con la intimidación (amenaza de causar un mal más o menos inminente).

³ LLORIA GARCÍA, P. (2022). La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones. IgualdadES, 6, 271-298. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.6.09>; BAGES SANTACANA, J.; (2028) “Límites al desvanecimiento del tipo penal Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECP 20-20.

⁴ Sobre las dificultades para acotar el concepto de violencia típica, QUERALT JÍMENEZ, J. Derecho Penal español. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, págs. 171 y ss.

pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”.

El art. 1.2 LOPIIA identifica con violencia hacia los niños y niñas no solo acciones delictivas (aunque no tengan que ver con el uso de la fuerza), sino todo tipo de comportamientos no adecuados desde la óptica del reproche moral o ético (incluso jurídico), estableciendo una equivalencia entre violencia y transgresión de la norma que incita a pensar en conductas lo suficientemente graves como para que se produzca la intervención punitiva. Por ejemplo, introduce figuras delictivas nuevas que se realizan en el ámbito del ciberespacio. Se trata de delitos tecnológicos que pueden afectar a los niños y niñas y que son ataques contra su dignidad, en relación con delitos contra la intimidad, el honor, la libertad y la indemnidad sexual, y también aquéllos que les pueden inducir, por su situación de especial vulnerabilidad, a conductas de autolisis (suicidio) o autolesiones como acciones relativas a trastornos de la conducta alimentaria.

El castigo de estas conductas venía siendo reclamado por la doctrina y la propia sociedad, en relación, fundamentalmente, con las conductas de autolisis y trastornos alimenticios, por la importancia del bien jurídico afectado (la vida y la salud) y porque la comisión de estos comportamientos se viraliza en la red⁵. Los nuevos delitos se han introducido en el CP dentro de los Títulos relacionados con otras conductas similares. De este modo, el delito de incitación al suicidio se recoge en el art. 143 bis CP junto a las conductas de auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia⁶. La incitación a las autolesiones se regula en el art. 156 ter, en el capítulo dedicado a las lesiones; el art 361 bis, en relación con las conductas alimentarias, se ubica entre los delitos que afectan a la salud pública, y el art. 189 bis entre los delitos de prostitución, explotación y corrupción de menores. Las cuatro figuras delictivas comparten una estructura común, ya que en todas lo que se castiga es la distribución o difusión pública, a través de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología, de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar las conductas de suicidio, autolesión, abusos sexuales y explotación sexual de los menores o el consumo de preparados, productos o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios, cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud. Son consideradas conductas violentas, pero ninguna de ellas conlleva el recurso a la *fuerza física*.

En consecuencia, es preciso delimitar qué se entiende por violencia, porque si bien tradicionalmente se vincula con el uso de la fuerza física, en la actualidad el término se aplica a otras manifestaciones que ni instrumentalmente ni tampoco por el resultado dañoso el comportamiento se podría reputar como violento. o que a veces conduce a confundir el concepto normativo con el concepto social, concepto este último y más amplio y menos depurado.

Fijar qué es la violencia ayuda a marcar la línea entre lo penalmente relevante y lo éticamente reprochable, para evitar que se identifique con toda manifestación violenta (desde la interpretación social) con la necesidad de intervención punitiva y la

⁵ La mayoría de las conductas autolesivas o de autolisis que son provocadas por retos que se viralizan a través de redes sociales. Recuérdese, por ejemplo, el de la Ballena Azul, Momo, la caza del pijo o Jonathan Galindo, cita LLORIA GARCÍA, P.: op. cit. pág. 17.

⁶ IÑIGO CORROZA, E.: “Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 25-15 (2022).

consecuente reclamación de cambios normativos que no son necesarios ni pertinentes. Si la violencia es cualquier trasgresión, sea cuál sea su origen o manifestación no toda violencia es delito.

2. El concepto de Violencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

La finalidad del Informe mundial sobre la violencia y la salud es hacer un llamamiento para que la salud pública desempeñe un papel mucho más amplio y aglutinador en la lucha contra la violencia, siguiendo las cuatro etapas tradicionalmente aplicadas en materia de salud pública, que consisten en:

- definir y observar la magnitud del problema;
- identificar sus causas;
- Formular y poner a prueba modos de afrontarlo;
- aplicar ampliamente las medidas de eficacia probada.

Según se indica en el Informe, la salud pública debe fundamentar la lucha contra la violencia en investigaciones fidedignas y en datos respaldados por las pruebas más sólidas. Un requisito fundamental es que esté basada en la colaboración y que abarque una amplia gama de competencias profesionales, desde la medicina, la epidemiología y la psicología a la sociología, la criminología, la pedagogía y la economía. La estrategia planteada desde la salud pública no reemplaza a las respuestas que la justicia penal y los derechos humanos dan a la violencia, sino que complementa sus actividades y les ofrece más instrumentos y fuentes de colaboración.

Una de las razones por la que apenas se ha considerado la violencia como una cuestión de salud pública es la falta de una definición clara del problema. La amplia variedad de códigos morales imperantes en los distintos países hace de la violencia una de las cuestiones más difíciles de abordar en un foro mundial. Todo esto viene complicado por el hecho de que la noción de lo que son comportamientos aceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que van evolucionando los valores y las normas sociales. La violencia puede definirse, pues, de muchas maneras, según quién lo haga y con qué propósito. La OMS define la violencia como:

*“...el uso deliberado de la fuerza física o el poder ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.*⁷

Esta definición considera la violencia como algo más que una conducta. La violencia no es ni una respuesta emocional, ni un síntoma psicopatológico, un instinto o impulso irrefrenable, ni una respuesta simple, automática o irreflexiva. La violencia es una estrategia psicológica que se pone en marcha por parte de los individuos (o a veces por parte de los grupos) para alcanzar un fin determinado y para ello se ejerce. Por ejemplo, en el caso de la delincuencia violenta organizada o en algunas modalidades de delitos de terrorismo vemos claramente esta concepción de la violencia como estrategia. Esto significa que la violencia requiere, por parte del sujeto o grupo que la realiza, la utilización de diferentes recursos y procesos que convertirán deliberadamente esta

⁷ <https://www.who.int/es>

estrategia en un comportamiento o serie de comportamientos dirigidos a lograr un objetivo, generalmente un beneficio a costa de dañar a otros.

La definición comprende tanto la violencia interpersonal como el comportamiento suicida y los conflictos armados. Cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones. Además de la muerte y las lesiones, la definición abarca igualmente innumerables consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos notorias, como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometen el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades.⁸

Tradicionalmente se distinguen dos tipos básicos de delitos donde la violencia tiene un papel primordial. Los delitos violentos se pueden dividir en aquellos en los que la violencia tiene una función instrumental y una utilidad clara para la finalidad que persigue el delincuente (ejemplos de este tipo son el secuestro, robo con violencia, la violencia sobre la pareja, el terrorismo, asesinato por encargo..) y los delitos en los que la violencia está asociada a una situación de intenso contenido emocional (como un homicidio en el contexto de una pelea, la agresión física entre bandas juveniles,....).

Estas categorías no son mutuamente excluyentes, ya que por lo general acontecen, con mucha frecuencia en una secuencia interactiva o de forma complementaria, a veces muy difícil de distinguir. No es nada infrecuente que en el curso de un atraco, donde la situación emocional del agresor y de la víctima es de una gran alteración, se puedan dar sucesos violentos no planificados anteriormente y con poca “utilidad” para la finalidad del mismo (que es la apropiación patrimonial no consentida), pero con consecuencias fatales para la víctima. La mayoría de los sucesos violentos cursan con cambios emocionales intensos y, por tanto, la división antes mencionada es simplemente a efectos de comprender mejor la heterogeneidad de la naturaleza de la violencia en los delitos (por ejemplo, establecen la frontera entre lo que se califica penalmente como hurto (apropiación patrimonial sin fuerza, violencia o intimidación) y robo (que requiere la presencia de una de aquellas modalidades).

La anterior distinción propuesta por Rutter coincide con la que ha mantenido tradicionalmente la Psicología al distinguir dos tipos de agresión que aparecen en la estrategia violenta.

La **agresión instrumental** es la que predomina en la delincuencia que más preocupa. Los intereses, motivaciones y forma de operar están pensados y programados para conseguir una determinada finalidad y las claves explicativas hay que buscarlas en el plano racional de los actores que realizan las acciones delictivas. Esta realidad nos enfrenta con el peor caso de la violencia, aquella que no responde a “pulsiones” o “alteraciones” susceptibles de tratamiento psicológico o que están asociadas a estados pasajeros del sujeto. De ahí que la violencia que se ejerce de este modo sea el mejor ejemplo de la definición de violencia como estrategia finalista. Se suele sostener que controlar, prevenir y recuperar a los agresores que utilizan la agresión instrumental es muy difícil. Estos delincuentes suelen ser, en su ejecución antisocial, personas eficaces, competentes con unas creencias y valores profundamente antagónicos con los valores sociales predominantes en las sociedades humanas modernas. Entre éstos delincuentes se incluyen personajes cercanos al “prototipo” de delincuente peligroso, representado por el

⁸ <https://www.refworld.org/es/category/REFERENCE/WHO,,,54aa900a4,0.html> Vid. Informe Mundial en Campus virtual

psicópata, aunque a veces esta asociación es incorrecta. No obstante, no todos los delincuentes violentos encajan en ese tipo “peligroso” ya que a veces personas sin antecedentes o sin perfiles típicamente delictivos también pueden cometer un acto violento.

El otro tipo de violencia es la que implica la **agresión reactiva**. Es la que generalmente asociamos a los ataques de ira, de venganza por celos pasionales o situaciones emotivas. Es una agresión instantánea, no planificada, aunque si intencional, y además en la mayoría de los casos fácilmente identificable. No es habitual en el tema que nos ocupa, pero tampoco es infrecuente en la actualidad y en delitos como son los de violencia doméstica o de pareja. Pensemos en peleas, enfrentamientos en la calle, agresiones domésticas,... muchas situaciones que, a diferencia de la violencia instrumental, no dejan ningún “beneficio” a los actores y que se realizan bajo impulsos sin control.

No obstante y si analizamos los sucesos violentos en sí mismos y de forma diferenciada, nos encontraremos que en algunas ocasiones estos actos violentos impulsivos (de ahí que se denominen gratuitos o inútiles) acompañan acciones planificadas de forma cuidadosa y detallada pero más como subproducto que como centro de la acción delictiva.

Delincuencia y agresividad no son sinónimos.

Otra de las cuestiones que se plantea es aclarar si delincuencia y agresividad son conceptos sinónimos. La respuesta a esta cuestión implica, en primer lugar, tener en cuenta las dos posibles dimensiones de la agresividad humana.

En su dimensión positiva, la agresividad es un comportamiento orientado a superar las dificultades, sin la cual sería imposible la propia supervivencia humana. Por el contrario, la agresividad en sentido negativo ha de ser entendida como el impulso o tendencia relacionado con actos o actitudes de carácter hostil, destructor, malintencionado o perverso.

La violencia sería entonces el efecto de la agresividad negativa y la agresividad negativa sería la causa de la agresión (física o psíquica). Agresividad y violencia no son por tanto sinónimos; la agresividad es una predisposición que orienta la acción, pudiendo constituir por ello una potencialidad de la violencia.

1. Clases de violencia

La clasificación utilizada en el *Informe mundial sobre la violencia y la salud* divide a la violencia en tres grandes categorías según el autor del acto violento: violencia dirigida contra uno mismo, violencia interpersonal y violencia colectiva.

Esta categorización inicial distingue entre la violencia que una persona se inflige a sí misma, la infligida por otro individuo o grupo pequeño de individuos, y la infligida por grupos más grandes, como los Estados, grupos políticos organizados, milicias u organizaciones terroristas. A su vez, estas tres amplias categorías se subdividen para reflejar tipos de violencia más específicos.

La violencia dirigida contra uno mismo comprende los comportamientos suicidas y las autolesiones, como la automutilación. El comportamiento suicida va desde el mero pensamiento de quitarse la vida al planeamiento, la búsqueda de medios para llevarlo a cabo, el intento de matarse y la consumación del acto. Muchas personas que abrigan pensamientos suicidas no atentan nunca contra sí mismas, e incluso las que intentan suicidarse pueden no tener la intención de morir, o puede suceder que también pretenda con su autoinmolación lesionar a los demás (terrorismo suicida que es sin más un delito de terrorismo).

La violencia dirigida contra uno mismo.

Auxilio al suicidio y eutanasia en España

En derecho español el suicidio es una conducta ajena al derecho, por lo que no se concibe el castigo del «intento de suicidio».

Solo se castigan la inducción y la cooperación necesaria en el suicidio ajeno, además del auxilio ejecutivo a la muerte (eutanasia) en el entendimiento de que de no haberse dado esas conductas el sujeto/a no se habría quitado la vida.

Se trata de incriminar los comportamientos de ayuda (participación) en un suicidio libremente deseado de forma expresa e inequívoca.

El art. 143 dispone:

1. *El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*
2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*
3. *Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*

Por su parte, el art. 143 4. 5 dice

4. *El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e inhabilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.*
5. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.*

La consecuencia es que la *vida no deseada* por su titular se proclama indirectamente como bien jurídico protegido y, por tanto, *la ley penal relativiza considerablemente el reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida*. La función «técnico-jurídica» del suicidio en relación con las conductas punibles (inducción y auxilio) ha sido descrita de diferentes maneras:

- Para algunos estamos ante conductas típicas autónomas cuyo caso depende del cumplimiento de una *condición objetiva de punibilidad* (la muerte del suicida).
- Para otros, se trata de formas de participación en un hecho ajeno elevadas a la condición de delito autónomo. Pero esta segunda opción tropieza con la dificultad, derivada de la teoría de la accesoriedad, de establecer una conducta de participación referida a un hecho *atípico* (*el suicidio no es delito*).

Un problema importante es a determinar la capacidad del sujeto suicida para consentir, esto es disponer de su vida y en consecuencia decidir autónomamente su propia muerte. La capacidad para consentir afecta a todas las conductas reunidas en el artículo 143.

La capacidad para consentir en la propia muerte se asocia en primer lugar, y como es lógico, con la *condición jurídico-penal de imputable* (artículos 19 y 20.1º, 2º y 3º CP). Ahora bien, la valoración del consentimiento del suicida no ha de hacerse solamente partiendo de la imputabilidad, sino *además* examinando si en el caso concreto estaba en

condiciones de comprender y valorar la significación y transcendencia de lo que quería hacer.

La falta de imputabilidad es un criterio orientador de primer orden, pero *no puede ser el único* porque sería excesivamente apriorístico, además de que algunas fuentes legales de inimputabilidad son de imprecisos contornos y variable apreciación, cual es el caso de la inimputabilidad derivada de la drogodependencia, que oscila entre la plena exención, la semi-eximente y la atenuante de análoga consideración; así las cosas, y sólo para proponer un ejemplo, la condición de drogodependiente del que solicita ayuda para quitarse la vida no bastaría, por sí sola, para calificar la conducta del auxiliador.

La violencia interpersonal

Se divide en dos subcategorías:

Violencia intrafamiliar o de pareja: en la mayor parte de los casos se produce entre miembros de la familia o compañeros sentimentales, y suele acontecer en el hogar, aunque no exclusivamente.

Violencia comunitaria: se produce entre individuos no relacionados entre sí y que pueden conocerse o no; acontece generalmente fuera del hogar.

El primer grupo (violencia intrafamiliar) abarca formas de violencia como el maltrato de los niños, la violencia contra la pareja y el maltrato de ascendientes o descendientes o de las personas que convivan o se hallen integradas en el núcleo de convivencia familiar (vid. Arts. 153.2 y 173.2 CP).

En el segundo grupo se incluyen la violencia juvenil, los actos violentos azarosos, las violaciones y las agresiones sexuales por parte de extraños, y la violencia en establecimientos como escuelas, lugares de trabajo, prisiones y residencias de ancianos.

La violencia colectiva es el uso instrumental de la violencia por personas que se identifican a sí mismas como miembros de un grupo frente a otro grupo o conjunto de individuos, con objeto de lograr objetivos políticos, económicos o sociales.

Adopta diversas formas: conflictos armados dentro de los Estados o entre ellos; genocidio, represión y otras violaciones de los derechos humanos; terrorismo; crimen organizado.

Esta clasificación tiene también en cuenta la naturaleza de los actos violentos, que pueden ser físicos, sexuales o psíquicos, o basados en las privaciones o el abandono, así como la importancia del entorno en el que se producen, la relación entre el autor y la víctima y, en el caso de la violencia colectiva, sus posibles motivos.

Clasificación de la violencia

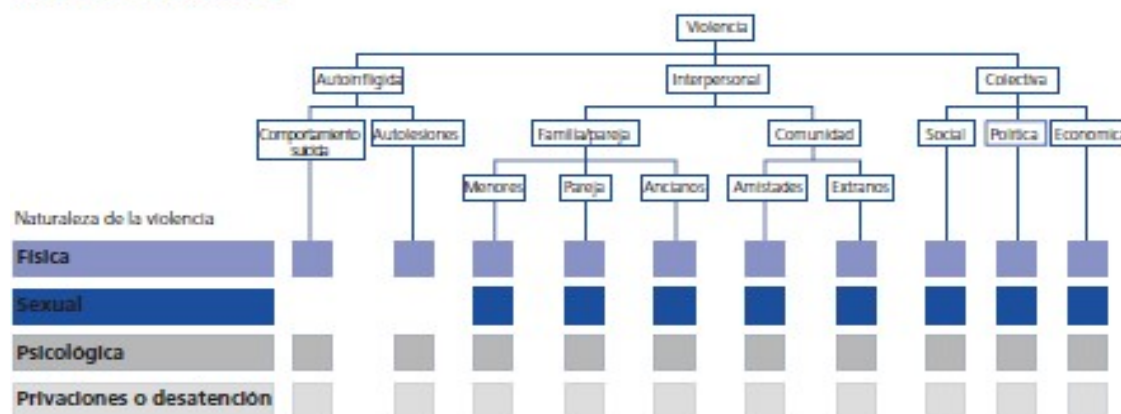


Figura . Clasificación de la violencia por tipo y naturaleza del acto violento⁹.

4. Fenomenología.

La violencia está presente en un número importante de delitos, tanto en la delincuencia convencional como en la no-convencional. En este tema vamos a centrarnos en lesiones y malos tratos (físicos y psíquicos), homicidios y asesinatos, secuestros y delitos contra la libertad sexual; es decir, aquellos delitos que suponen un ataque directo contra las personas.

EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA VIOLENTA EN ESPAÑA (NO)

<https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Balance-de-Criminalidad-Primer-Trimestre-2023.pdf>.

VID. GRAFICOS

FUENTES UNODC, EUROSTAT

ESPAÑA: MIR (MINISTERIO INTERIOR, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, EUROPAPRES)

Fuente: UNODC

También en este tipo de delincuencia, España ocupa una posición moderada tendente a la baja. De nuevo son Bélgica, Suecia y Reino Unido los países en los que existe una importante tasa de delincuencia sexual con respecto a la media, siendo destacable el caso de Bélgica con 905 delitos contra la libertad sexual por cada 100.000 habitantes.

De nuevo Bélgica es el país europeo que presenta una mayor tasa de secuestros, seguida de Reino Unido. España vuelve a presentar una tasa baja con relación a la media de los países europeos.

La delincuencia violenta en España parece ser, por tanto, más moderada que en otros países europeos como Bélgica, Reino Unido, Finlandia o Suiza. Entre los

⁹ Figura obtenida de Fernández Jurado, Yolanda (2017), La violencia contra menores y adolescentes desde un punto de vista económico. El caso español. Recharge <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.33395.22568>

factores citados por los distintos autores para explicar este hecho son de destacar:

a) El alcohol: los países que más se preocupan por el efecto del alcohol son los países nórdicos donde los problemas que conlleva su abuso son más visibles (borrachos en las calles, peleas violentas, etc.). En España, el consumo de alcohol se ha relacionado tradicionalmente con nuestra cultura, y es en el ambiente familiar donde se ha aprendido, generación tras generación, a beber con cultura y moderación. El problema que se puede plantear ahora es un cambio en el consumo de alcohol por parte de los jóvenes (bebedores de fin de semana), y analizar si este cambio en los hábitos de consumo está teniendo una repercusión importante en la violencia.

b) Las armas de fuego: en España es difícil de conseguir una licencia de armas, hasta el punto que en la gran mayoría de los hogares españoles no hay armas de fuego. En la pregunta sobre este asunto en las encuestas de victimización solo un 2,5% de los encuestados afirmó tener acceso a un arma de fuego. En Europa, en general, la cifra es de un 5% y en EEUU de un 29%.

La relación entre armas de fuego y delitos violentos es muy simple. Cuantas más armas más homicidios. Así, en EEUU se utilizó un arma de fuego en el 69,6% de los homicidios, mientras que la tasa correspondiente a España fue del 18%. La diferencia entre una lesión leve y un homicidio puede ser un arma de fuego.

c) El control social: En opinión de N. Christie (1982), los niveles de violencia más altos se dan tanto en las sociedades en las que el control social es muy denso, como en las que los niveles de control social son muy laxos. Las sociedades con menores índices de violencia son aquellas ciudades pequeñas-medias en las que sin romperse con el control social se han alcanzado cotas importantes de movilidad y libertad personal.

d) Por último, es interesante analizar la relación entre la tasa de delincuencia violenta y el número de agentes de policía. En la última década, en España ha habido un importante incremento (cuantitativo y cualitativo) de las fuerzas de seguridad, y ha coincidido con la disminución de la delincuencia.

5. Etiología. Factores de la Violencia

No existe un factor que explique por sí solo por qué una persona se comporta de manera violenta y otra no lo hace, ni por qué una comunidad se ve desgarrada por la violencia mientras otra comunidad vecina vive en paz. La violencia es un fenómeno sumamente complejo que hunde sus raíces en la interacción de muchos factores biológicos, sociales, culturales, económicos y políticos.

Algunos factores de riesgo pueden ser privativos de un tipo determinado de violencia, pero es más frecuente que los diversos tipos de violencia compartan varios factores de riesgo. El *Informe mundial sobre la violencia y la salud* recurre a un «modelo ecológico» para intentar comprender la naturaleza polifacética de la violencia.

Dicho modelo, que empezó a utilizarse a finales de la década de 1970 para estudiar el maltrato de menores y se aplicó ulteriormente a otras áreas de investigación de la violencia, está todavía en fase de desarrollo y perfeccionamiento como instrumento conceptual. Su principal utilidad estriba en que ayuda a distinguir entre los innumerables factores que influyen en la violencia, al tiempo que proporciona un marco para comprender cómo interactúan. El modelo permite analizar los factores que influyen en el comportamiento (o que aumentan el riesgo de cometer o padecer actos violentos) clasificándolos en cuatro niveles.

En el primer nivel se identifican los factores biológicos y de la historia personal que

influyen en el comportamiento de los *individuos* y aumentan sus probabilidades de convertirse en víctimas o perpetradores de actos violentos. Entre los factores que pueden medirse o rastrearse se encuentran las características demográficas (edad, educación, ingresos), los trastornos psíquicos o de personalidad, las toxicomanías y los antecedentes de comportamientos agresivos o de haber sufrido maltrato.

En el segundo nivel se abordan *las relaciones* más cercanas, como las mantenidas con la familia, los amigos, las parejas y los compañeros, y se investiga cómo aumentan éstas el riesgo de sufrir o perpetrar actos violentos. En la violencia juvenil, por ejemplo, tener amigos que cometan o alienten actos violentos puede elevar el riesgo de que un joven los sufra o los perpetre.

En el tercer nivel se exploran *los contextos comunitarios* en los que se desarrollan las relaciones sociales, como las escuelas, los lugares de trabajo y el vecindario, y se intenta identificar las características de estos ámbitos que aumentan el riesgo de actos violentos. A este nivel, dicho riesgo puede estar influido por factores como la movilidad de residencia (por ejemplo, el hecho de que las personas de un vecindario tiendan a permanecer en él durante largo tiempo o se trasladen con frecuencia), la densidad de población, unos niveles altos de desempleo o la existencia de tráfico de drogas en la zona.

El cuarto nivel se interesa por los factores de carácter general relativos a la *estructura de la sociedad* que contribuyen a crear un clima en el que se alienta o se inhibe la violencia, como la posibilidad de conseguir armas y las normas sociales y culturales. Entre éstas se incluyen las que conceden prioridad a los derechos de los padres sobre el bienestar de los hijos, consideran el suicidio una opción personal más que un acto de violencia prevenible, reafirman la dominación masculina sobre las mujeres y los niños, respaldan el uso excesivo de la fuerza policial contra los ciudadanos o apoyan los conflictos políticos. En este nivel, otros factores más generales son las políticas sanitarias, económicas, educativas y sociales que contribuyen a mantener las desigualdades económicas o sociales entre los grupos de la sociedad.

En el modelo, el solapamiento de los anillos ilustra cómo los factores de cada nivel refuerzan o modifican los de otro. Así, por ejemplo, un individuo de personalidad agresiva tiene más probabilidades de actuar violentamente en el seno de una familia o una comunidad que acostumbra a resolver los conflictos mediante la violencia que si se encuentra en un entorno más pacífico. El aislamiento social, factor comunitario muy frecuente en el maltrato de ancianos, puede estar influido tanto por factores sociales (por ejemplo, un menor respeto a los ancianos en general) como relacionales (la pérdida de amigos y familiares).

Modelo ecológico para comprender la violencia



Figura 2 : Modelo ecológico para comprender la violencia¹⁰.

6. Estrategias de prevención

Una conclusión aceptada mayoritariamente es que la mejor forma de combatir la violencia y sus efectos es su prevención. La prevención de la delincuencia violenta, uno de los apartados más destacados de las políticas de prevención de la violencia en general, se ocupa de identificar las formas de evitar que los delincuentes (y otros inimputables) no vuelvan a reincidir en su actos violentos.

Esta consideración se extiende a otras formas de violencia, como las autolesiones o los suicidios y de las conductas violentas intra-institucionales.

Para que la prevención sea eficaz hay muchas estrategias variadas pero todas confluyen en: eliminar las causas de la violencia, reducir los factores de riesgo e incrementar los factores de protección de los agresores y, también, mejorar las condiciones ambientales que facilitan la violencia, así como dotar de recursos de protección (*empowerment*) a las víctimas potenciales.

La prevención de la violencia involucra a aquellos sectores relacionados con la justicia criminal, la educación, el bienestar social, el transporte, la vivienda, el comercio y los medios de comunicación, así como a las asociaciones que representan a las víctimas y a otros grupos sociales, es decir la prevención implica una actuación comunitaria. No obstante y por razones obvias los técnicos de prisiones, como los policías y otros profesionales y agentes jurídicos tienen un papel inmediato, directo y primordial en la prevención de la delincuencia violenta.

Una reciente revisión de las políticas de prevención de la violencia en 7 países occidentales (Australia, Canadá, UK, Holanda, Alemania, USA y España) repasa el estado actual de esta cuestión y los autores concluyen que deben unirse los procedimientos de prevención propios de las respuestas jurídicas con las propias de los enfoques sanitarios y de salud pública (Junger et al, 2007).

En esta colaboración recae gran parte del éxito de las políticas preventivas. Las estrategias y los programas preventivos aplicables a la delincuencia violenta son variados y sus aplicaciones son múltiples. En cualquier programa preventivo es necesario conocer a priori la magnitud, el tipo y el riesgo de que acontezca lo que queremos prevenir.

Esta observación es fundamental porque la prevención requiere esfuerzos (muchas veces costosos y con beneficios muy dilatados en el tiempo) a modular en función de los riesgos reales o estimados. Consideremos por un momento, por ejemplo, la activación de los servicios de emergencia cuando se acerca una fuerte tormenta o en construir un edificio en zonas de alto riesgo sísmico. Estas acciones dependen de la valoración del riesgo existente en la meteorología o en la zona de construcción de un edificio.

Esta valoración, que no deja de ser un pronóstico de lo que podría pasar es el primer paso en la prevención. En segundo lugar esta anticipación o predicción debe hacerse de forma eficaz, objetiva y garantizando, en el caso de querer predecir, ahora sí, la violencia futura, los derechos de las personas que estamos valorando. La predicción de la violencia es esencial en la prevención de los efectos de la misma.

¹⁰ Figura obtenida de Fernández Jurado, Yolanda (2017). La violencia contra menores y adolescentes desde un punto de vista económico. El caso español.

Rechergate <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.33395.22568>

Bibliografía

BAGES SANTACANA. J.; (2028) “Límites al desvanecimiento del tipo penal Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 20-20.

LLORIA GARCÍA, P. (2022). La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones. IgualdadES, 6, 271-298. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.6.09>;

FERNÁNDEZ JURADO, YOLANDA (2017), La violencia contra menores y adolescentes desde un punto de vista económico. El caso español.

Rechergate <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.33395.22568>

IÑIGO CORROZA, E. (2022), “Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 25-15

QUERALT JÍMENEZ, J. Derecho Penal español. Parte Especial. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, págs. 171 y ss.

Páginas de internet

<https://www.who.int/es>

<https://www.refworld.org/es/ref/infortem/oms/2002/es/103236>



Formas Específicas de Criminalidad I
3º Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024
Inma.valeije@usc.es

TEMA 2: EL FENÓMENO TERRORISTA

Sumario:

- 13. Primer problema: la inalcanzable definición de "terrorismo".**
- 14. Efectos negativos del terrorismo.**
- 15. Etiología y factores involucrados en el fenómeno terrorista.**
- 16. Estrategias frente al terrorismo.**
- 17. Retos específicos en el contexto de la lucha de la lucha contra el terrorismo.**
- 18. Excepciones en la legislación penal y procesal para combatir el terrorismo.**
- 19. Los delitos de terrorismo en el CP Español.**
- 20. Los delitos de terrorismo individual: Adoctrinamiento y Adiestramiento.**
- 21. Otros delitos de terrorismo: Enaltecimiento o justificación del terrorismo o denigración de las víctimas.**
- 22. Especialidades en materia de investigación.**
- 23. Sanciones penales.**
- 24. Tratamiento penitenciario y víctimas.**

1. Primer problema: la inalcanzable definición de "terrorismo".

La diversidad de tipologías que presenta el terrorismo pone de relieve que la categoría "criminalidad terrorista" no responde a consideraciones ontológicas, sino a la decisión de quien, en cada caso, tiene el poder de etiquetar. Para evitar que la política criminal antiterrorista alcance la desmesura punitiva y la ausencia de garantías propia de un Derecho penal de confrontación bélica, es necesario definir el terrorismo poniendo el acento en los dos elementos que tradicionalmente han integrado el concepto: el **objetivo-estructural** y el **teleológico**.

Sin embargo, la diversidad de formas en las que se manifiesta el terrorismo mantiene viva la cuestión ¿terrorismo o terrorismos? Si se deja al margen el uso inapropiado de los términos¹¹, es obvio que el terrorismo ha conocido y conoce manifestaciones muy distintas, pero ubicadas todas ellas en el plano de la lucha por el poder político.

El principal problema es que no existe una definición unánimemente aceptada de lo que sea "terrorismo". Esto es, ¿cuándo hablamos de un acto terrorista y cuándo de un acto subversivo legítimo?.

Desde el año 2000 el Comité Especial de Naciones Unidas sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional (CEMETI) viene intentando que los Estados Miembros aprueben un Convenio General sobre el Terrorismo Internacional, sin conseguirlo porque el concepto de "terrorismo" no es pacífico. Por sus claras connotaciones políticas, no existe un concepto de terrorismo mundialmente admitido, pues además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva y política, que en cada momento y lugar puede ser aplicada a realidades muy diferentes y diversas en función de los intereses de cada Estado.

Y lo cierto, es que el combate del terrorismo internacional, para el que se postula la unión de los Estados para su erradicación, si no se alcanza un consenso en la definición de lo que sea "terrorismo" tales proclamas son mero voluntarismo al hacerse en el vacío, por no estar determinada la realidad a la que el concepto viene referida.

A nivel muy elemental, ha de entenderse por "terrorismo" los actos criminales con fines políticos realizados o calculados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en uno de sus grupos o en determinadas personas.

Pero, claro está, esta acepción abarca realidades tan amplias e interpretables, que no puede asumirse, por ejemplo, por aquellos Estados Miembros acusados de emplear "Terrorismo de Estado", ni tampoco los grupos llamados de liberación nacional en zonas de ocupación, sea o no zona de conflicto, aceptan su calificación como de "terroristas" por considerar que se oponen con violencia a la violencia institucional empleada por el ocupante. Pero además del uso de medios violentos (secuestro, daños, asesinatos, lesiones, etc.) lo que lo diferencia de la delincuencia común son una serie de elementos integradores: Estructura organizativa, un componente ideológico (político, religioso) y la instrumentalización de la violencia como estrategia de comunicación para desafiar al Estado.

En realidad, son dos los principales obstáculos que impiden alcanzar un concepto de

¹¹ Actualmente asistimos a una abusiva utilización del vocablo "terrorismo" para subrayar la lesividad o peligrosidad de determinados comportamientos: tal ocurre al hablar de terrorismo machista o de terrorismo empresarial para connotar, respectivamente, la violencia de género u homófoba y la siniestralidad laboral.

"terrorismo":

1. la reivindicación de que se incluya en la definición el "terrorismo de Estado": casos en que un Estado use fuerzas armadas contra civiles, y
2. la reivindicación de que la definición no incluya el "derecho de resistencia": o derecho de un pueblo bajo ocupación extranjera a resistirse.

Ambas pretensiones son rechazadas por el Comité Especial de Naciones Unidas sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional (CEMETI). La primera pretensión porque se considera que tales actos ya estarían cubiertos por los distintos Tratados de Derecho Internacional existentes contra los ataques a la población civil por parte de los Estados (Crímenes de Guerra, Delitos de agresión: Convenios de Ginebra y Tratado de Roma) por lo que estima que el concepto de terrorismo ha de venir referido en exclusiva a sujetos activos "no estatales".

La segunda pretensión es igualmente rechazada por la CEMETI por estimar que "derecho a resistirse" no está universalmente reconocido y que, en todo caso, nunca justificaría el asesinato o ataque indiscriminado contra civiles.

En consecuencia, por terrorismo comúnmente actos de violencia dirigidos contra civiles procurando objetivos políticos o ideológicos.

Según el CEMETI la definición de "terrorismo" ha de partir de las definiciones que de "terrorismo" del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo hecho en Nueva York en 1999 (ratificado por España el 23 de mayo de 2002)

Artículo 2: Cualquier acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados mencionados en el anexo¹² y cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, **por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo"**

Unos años más tarde el Consejo de Seguridad, en su Resolución 1566 (2004), se refirió a «actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a

¹² Se refiere a los Tratados y Convenios para la represión del apoderamiento de aeronaves, contra la seguridad de la aviación civil y su protocolo, contra personas internacionalmente protegidas, contra la toma de rehenes, de protección de los materiales nucleares, contra la seguridad de la navegación marítima, y su Protocolo y de represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Estos convenios llamados sectoriales contribuyen al régimen jurídico mundial contra el terrorismo y proporcionan un marco para la cooperación internacional. Esos convenios obligan a los Estados a adoptar medidas concretas para prevenir la comisión de actos terroristas y prohibir los delitos relacionados con el terrorismo, en particular tipificando como delitos determinadas conductas, estableciendo criterios jurisdiccionales (por ejemplo, el conocido principio *de aut dedere aut judicare*, es decir, «extraditar o enjuiciar»), y sienta las bases jurídicas para la cooperación en materia de extradición y asistencia legal.

realizar un acto o a abstenerse de realizarlo». Posteriormente, ese año, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio describió el terrorismo como «cualquier acto... destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» e identificó algunos elementos clave, haciendo referencia a las definiciones que figuraban en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y en la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad.

Se ha reconocido el efecto destructivo del terrorismo sobre los derechos humanos y la seguridad en el más alto nivel de las Naciones Unidas, en especial el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, la antigua Comisión de Derechos Humanos y el nuevo Consejo de Derechos Humanos.

2. Efectos negativos del terrorismo

Concretamente, el terrorismo:

- Amenaza la dignidad y la seguridad de los seres humanos en todas partes, pone en peligro o cobra vidas inocentes, crea un entorno que destruye el derecho de la población a vivir sin temor, pone en peligro las libertades fundamentales y tiene por objeto destruir los derechos humanos;
- Tiene efecto negativo sobre el establecimiento del imperio de la ley, socava la sociedad civil pluralista, procura la destrucción de las bases democráticas de la sociedad y desestabiliza gobiernos legítimamente constituidos;
- Tiene vínculos con la delincuencia organizada transnacional, el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero y el tráfico de armas, así como con el transporte ilegal de material nuclear, químico o biológico, y también está relacionado con la posterior comisión de delitos graves como asesinatos, extorsiones, secuestros, agresiones, tomas de rehenes y robos;
- Tiene consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados, pone en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, y tiene efectos perniciosos sobre las relaciones de cooperación entre los Estados, incluida la cooperación para el desarrollo, y • Amenaza la integridad territorial y la seguridad de los Estados.

Hay que procurar no incurrir en definiciones amplias que puedan conducir a que en los estados totalitarios o poco democráticos se considere terrorista a todo disidente político, lo que se denomina un concepto exclusión.

3. Etiología y factores involucrados en el fenómeno terrorista

El terrorismo es un fenómeno extremadamente complejo y diverso, por lo que al analizar sus causas se debería hablar de terrorismos –en plural- y no de terrorismo. En todo caso, no existe una explicación única, y cualquier investigación sobre las causas del terrorismo requiere de un enfoque interdisciplinar que incorpore argumentos políticos, históricos, culturales, económicos, ideológicos y religiosos.

Es importante, pues, considerar cada terrorismo en su propio contexto político, histórico y cultural. Cada terrorismo es producto de sus específicas circunstancias de tiempo y lugar.

Hechas estas aclaraciones, los principales factores involucrados en las formas actuales de terrorismo serían, según los expertos:

a) Factores políticos

El terrorismo, como forma de acción política, no puede ser abordado al margen de su contexto histórico, como si se tratase de un fenómeno genérico. Es una estrategia que encuentra su origen en el descontento político y que se usa al servicio de creencias y doctrinas muy diferentes que buscan su legitimidad y sustento en el uso de la violencia. Ideologías relacionadas con la defensa de territorios, revolución, religión y defensa del status quo.

Explicar el terrorismo en términos de condiciones subyacentes (económicas, políticas, culturales, demográficas o sociales) es insuficiente, e incluso, equivocado. Las causas originarias, pueden de hecho, influenciar la posterior trayectoria del terrorismo más que su propio comienzo, en la medida en que determinan el soporte social para el uso de la violencia contra “los agravios” sufridos. Así, cuando las condiciones subyacentes tienen una constancia relativa, las actividades terroristas pueden incrementarse o decrecer. Además, el proceso de contagio puede darse entre las distintas naciones extendiendo el terrorismo desde el punto de origen a otros puntos con condiciones subyacentes distintas. La Globalización, por ejemplo, facilita la extensión del terrorismo, pero no es una causa directa. En cambio, las contingencias históricas y las percepciones e intenciones de conspiración política de pequeños grupos radicales son más importantes para explicar el terrorismo. En este sentido hay que tener en cuenta que el terrorismo requiere la participación de un número muy pequeño de miembros cuyas intenciones pueden representar o no a las del colectivo.

El terrorismo no es un fenómeno uniforme o monolítico, sino más bien bastante diverso, no solo en términos de ideología, sino en la organización y creación. A veces el terrorismo se asocia con un movimiento social o político que goza de apoyo popular, cuyos integrantes pueden utilizar el terrorismo temporalmente como una medida de presión política, pero también pueden sobrevivir sin hacer uso del terrorismo. Sin embargo, los grupos más aislados (disidentes de las grandes facciones o pequeños grupos que se han formado para utilizar el terrorismo) tienen pocas opciones más allá de la actividad terrorista y con el tiempo dicha actividad puede convertirse tanto en su seña de identidad como en una estrategia.

La introducción de esta distinción plantea otra cuestión: en algunas circunstancias, el terrorismo puede ser visto como legítimo por parte del pueblo, especialmente cuando está discriminado y el acceso a la alimentación está bloqueado. No se puede negar que en algunas circunstancias, *el pueblo* no sólo podrá apoyar los objetivos del terrorismo, sino también su método.

La **relación entre el terrorismo y la democracia** es una preocupación clave. ¿Ciertos tipos de regímenes tienen más probabilidades de sufrir el terrorismo que otros? En particular, ¿sufren las democracias mayor riesgo que otros tipos de formas de Estado que no permiten disidentes?

Aunque hay distintos tipos de democracia, se puede afirmar que la democracia no garantiza la inmunidad frente al terrorismo. Es más, se puede afirmar, que las democracias liberales con una larga tradición de libertad de expresión y amplia tolerancia de la disidencia han sido los objetivos tanto del terrorismo nacional como extranjero. Las causas invocadas por los grupos que recurren al terrorismo han sido variadas, incluyendo el nacionalismo étnico y el separatismo, el revolucionarismo de izquierda, la religión y el extremismo de derechas.

Las consecuencias del terrorismo son especialmente graves en las democracias en transición, pudiendo poner en peligro la propia etapa de transición. En el caso de que el terrorismo, en

estos periodos, sea consecuencia de la debilidad del Estado, entonces, el fortalecimiento de la capacidad del Estado para hacer frente al terrorismo, al tiempo que el fortalecimiento de las normas éticas de conducta de la policía y de las fuerzas de seguridad, es esencial para el debilitamiento del terrorismo. En todo caso el Estado debe evitar que la lucha contra el terrorismo se convierta en una espiral de violencia (limitación de los derechos humanos, represión de la oposición, etc.), siendo preferible el diálogo allí donde las partes estén dispuestas a dialogar.

Las **causas** del actual terrorismo pueden ser internas, pero también **internacionales**. La globalización ha facilitado las conspiraciones internacionales que se aprovechan del actual sistema de comunicaciones y de los grandes volúmenes de viajes. También, los propios objetivos de algunos tipos de terrorismo moderno (ej.: Al Qaeda), incluye el derrocamiento del propio orden internacional percibido como una dominación del mundo occidental frente al mundo musulmán.

Otra fuente de preocupación a nivel internacional es la debilidad de algunos Estados, que de este modo se convierten en germen de grupos terroristas que suelen infiltrarse entre los desplazados o emigrantes.

Otra consideración a tener en cuenta es que cualquier tipo de Estado puede verse involucrado en un conflicto fuera de sus fronteras que puede provocar actos terroristas desde el exterior.

Es preciso mirar más allá del presente para preguntarse en qué doctrinas se inspirará el terrorismo en el futuro.

Además, por lo menos en Europa, el aumento de la intolerancia podría generar nuevos movimientos terroristas. Con la ampliación de la Unión Europea y la relevancia de la cuestión de la inmigración, determinadas organizaciones y partidos políticos nacionalistas podrían capitalizar el miedo y el resentimiento para promover o facilitar el uso de la violencia contra la percepción de "clases peligrosas, como los inmigrantes, solicitantes de asilo o refugiados".

b) Factores económicos

Las desigualdades estructurales internas en los países son un caldo de cultivo para los movimientos políticos en general y para el terrorismo en concreto. Pero también, las desigualdades estructurales como consecuencia de la implantación de un sistema global tienen similares consecuencias.

Los movimientos terroristas etno-nacionalistas y revolucionarios, como los militantes kosovares, chechenos, los rebeldes y las Brigadas Rojas de Italia-por lo general surgen en el contexto de grandes conflictos políticos provocados por las quejas de los grupos que se sienten económica o políticamente marginados.

Para estos movimientos, el terrorismo es una táctica en una campaña más amplia, que se utiliza y luego puede descartarse en función de las oportunidades y los costos.

¿En qué circunstancias los movimientos militantes pasan a estrategias terroristas? Un principio general es que la represión no es lo suficientemente consistente como para destruir las organizaciones terroristas, y sus reformas son insuficientes para persuadir a los militantes a renunciar a las estrategias de la violencia.

c) Factores religiosos

En cuanto a si la religión es o no una causa o factor determinante del terrorismo se considera que la religión es una herramienta o una justificación para el terrorismo más que una causa directa (por ejemplo, el descontento con el status político o económico lleva al apoyo de los grupos islamistas radicales). Los expertos coinciden en que mientras que la religión ha sido un factor importante en los recientes actos de terrorismo, rara vez es el único. Ideologías religiosas, objetivos y motivaciones a menudo se entrelazan con otros motivos de índole económico, social y político. La decisión de un grupo a recurrir a la violencia rara vez es la tradición religiosa a la que se relaciona con el grupo.

Pero, a pesar de que la religión no puede ser la única causa del terrorismo, si es cierto que puede agravar la situación, contribuyendo a una cultura de la violencia, donde la violencia se convierte en "un tema decisivo" en la identidad de los grupos de activistas.

d) Perfil del terrorista¹³

En términos generales se trata de jóvenes de clase media, con una participación de la mujer muy superior a la que tiene en el resto de la delincuencia.

Se les suele enmarcar dentro del perfil de delincuente por convicción, en la medida en que suelen considerar que están obligados a realizar los hechos delictivos por una cuestión de conciencia. La motivación del acto recibe impulso por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo (político, religioso o ético) al que valora más que al derecho vigente.

En todo caso, en base a la motivación perseguida se puede distinguir entre distintos tipos de terroristas:

a) Motivación Racional.

El terrorista racional piensa con sus metas y opciones, haciendo un análisis de costes y beneficios. Intenta determinar si hay maneras menos costosas y más eficaces de alcanzar su objetivo que el terrorismo. Para evaluar el riesgo, valora las capacidades defensivas del blanco frente a sus propias capacidades para atacar. Mide las capacidades de su grupo para sostener el esfuerzo.

En este caso, el análisis racional del terrorista es similar al de un comandante militar o de un empresario de negocio que considera líneas de conducta disponibles.

b) Motivación Psicológica

La motivación psicológica para el terrorismo deriva del descontento personal del terrorista con su vida y sus propios objetivos. Encuentra su razón en la acción dedicada del terrorista.

Aunque no se encuentra ninguna psicopatía clara entre terroristas, hay un elemento casi universal en ellos que hace que puedan ser descritos como "los terroristas verdaderos". Incluso no consideran que puedan estar equivocados y que otras visiones diferentes a las

¹³ Vid. Plataforma Teams Documentos penitenciarios núm. 27. https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/Construccion-y-validacion-de-una-herramienta-de-clasificacion-y-de-valoracion-del-riesgo-de-radicalismo-violento-en-el-ambito-penitenciario_126210405.pdf

suyas puedan tener cierto mérito.

En este sentido, tienden a crear una visión polarizada de la sociedad para proyectar sus propias motivaciones antisociales sobre otras, el "nosotros contra ellos". Atribuyen motivos negativos y peligrosos a cualquier persona exterior a su propio grupo. Esto permite a los terroristas deshumanizar a sus víctimas y quitar cualquier sentido de la ambigüedad de sus mentes.

La otra característica común del terrorista psicológicamente motivado es la necesidad pronunciada de pertenecer a un grupo. Con algunos terroristas, la aceptación del grupo es un motivo más fuerte que los objetivos políticos indicados de la organización. Tales individuos definen su estatus social Penitenciarios por la aceptación del grupo.

Otro resultado de la motivación psicológica es la intensidad de la dinámica del grupo entre terroristas. Tienden a exigir unanimidad ideológica y una absoluta intolerancia a la disidencia interna.

Con el enemigo claramente identificado e inequívoco la presión de extender la frecuencia y la intensidad de operaciones está siempre presente. La necesidad de pertenecer al grupo desalienta dimisiones, y el miedo del compromiso rechaza su aceptación.

Esto puede ayudarnos a explicar porqué los grupos terroristas son propensos a fracturarse en diferentes fracciones y porqué las nuevas organizaciones son con frecuencia más violentas que su grupo inicial.

c) Motivación Cultural

Un motivo cultural importante del terrorismo es la opinión de los "forasteros" y la aparición de una amenaza a la supervivencia étnica del grupo. El miedo de la exterminación cultural conduce a la violencia. Todos los seres humanos son sensibles a las amenazas a los valores con los cuales se identifican. Éstos incluyen lenguaje, la religión, la calidad de miembro de grupo, y el territorio de la patria o nativo. La posibilidad de perder cualquiera de éstos puede accionar la actividad terrorista enfocada a la defensa de la propia causa.

d) El terrorismo suicida

El terrorismo suicida forma parte de la cultura del martirio. Es preciso la determinación de la organización de emplear esta táctica y una fuente de reclutas dispuestos a dar su vida por la causa. La psicología social es clave en este proceso, llegado incluso a establecerse una línea de producción de terroristas suicidas. Los elementos de esta producción incluyen un contrato social, la identificación del mártir (que adquiere gran prestigio en la comunidad), y en la fase final la grabación del video (en el que explica sus motivos y reivindica la lucha). Después de pasar por estas fases, el echarse atrás sería una vergüenza y una humillación. En este sentido el terrorismo suicida es una función de grupo y no individual.

4. Estrategias frente al terrorismo: El terrorismo como legislación de excepción.

La respuesta de cada Estado al terrorismo depende en gran medida de cada tipo de Gobierno, pero en todo caso plantea numerosos dilemas. Las políticas antiterroristas deben de ser desarrolladas para detener el terrorismo en el presente, pero también para evitarlo en un futuro; esto es, debería ser eficaz tanto a corto como a largo plazo. En este sentido, las políticas coercitivas o represivas diseñadas para combatir el terrorismo de inmediato, incluso si tienen éxito, pueden terminar incitando a otros grupos más moderados a unirse a la violencia, ampliando su base de apoyo. Por lo que es fundamental en la lucha contra el

terrorismo **mantener el respeto a las garantías y principios penales y en mayor medida a los derechos humanos** para evitar la amenaza terrorista a medio o largo plazo.

Es preciso mantener un equilibrio entre los dos objetivos (seguridad en el presente y en el futuro), y ello requiere un enfoque que:

- comprenda las bases de la crítica social y las circunstancias que “justifican” el terrorismo en una determinada sociedad o grupo social.

- los gobiernos deben procurar la transformación de los grupos radicales vinculados a importantes movimientos sociales o partidos políticos. Es preciso, cuando sea posible, ofrecer un pacto democrático que pase por la renuncia a la violencia.

- los gobiernos deben saber distinguir entre las distintas facciones (violentas y no violentas) de los grupos terroristas para evitar que se unan, procurando que se mantengan separadas.

5. Retos específicos en el contexto de la lucha de la lucha contra el terrorismo

Tanto el terrorismo como la lucha contra el terrorismo afectan el ejercicio de los derechos humanos. Si bien no es posible hacer un análisis en profundidad de todas las preocupaciones relativas a los derechos humanos en el contexto del terrorismo y de las medidas para luchar contra el terrorismo, se presenta a continuación una selección de retos de derechos humanos actuales y emergentes.

a. El derecho a la vida

Tanto las normas internacionales como regionales de derechos humanos reconocen el derecho y la obligación de los Estados de proteger a las personas de su jurisdicción. En la práctica, sin embargo, algunas de las medidas que han adoptado los Estados para proteger a las personas de los actos de terrorismo han planteado ellas mismas graves retos al derecho a la vida. Entre ellas se incluyen los «homicidios premeditados» o «selectivos» para eliminar individuos determinados como una alternativa de su detención y enjuiciamiento. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que no se deben utilizar los asesinatos selectivos como disuasión o castigo y que debe considerarse en la mayor medida posible el principio de la proporcionalidad. Las normas estatales deben expresarse claramente en las directrices que se den a los comandantes militares y un órgano independiente debe investigar prontamente las denuncias acerca del uso desproporcionado de la fuerza. Antes de prever el recurso al uso de la fuerza letal, deben agotarse todas las medidas para detener a una persona sospechosa de hallarse en vías de cometer actos de terrorismo¹⁴.

En otros casos los Estados han adoptado normas de cumplimiento de la ley que consisten en «tirar a matar». Como observó el Relator Especial de la ONU sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: «la retórica de tirar a matar y sus equivalentes plantea una amenaza grave y perdurable a los enfoques de aplicación de la ley basados en los derechos humanos. Del mismo modo, las expresiones del tipo «asesinato selectivo» y tirar a matar se utilizan para sugerir un nuevo enfoque e insinuar que frente al terrorismo es inútil actuar en el marco de la ley. Sin embargo, las normas de derechos humanos permiten el

¹⁴ https://elpais.com/politica/2017/08/25/actualidad/1503682916_683784.html

recurso a medios letales cuando sea estrictamente necesario para salvar vidas humanas. La retórica de tirar a matar tan sólo sirve para dejar de lado las normas legales claras mediante una autorización para matar vagamente definida que produce confusión entre los agentes del orden, pone en peligro a personas inocentes y facilita los errores al tiempo que se eluden los verdaderos problemas que plantea una amenaza concreta».

El Relator Especial ha sugerido además que los Estados que adopten políticas de tirar a matar para ocuparse, por ejemplo, de los terroristas suicidas «deben elaborar marcos jurídicos que incorporen adecuadamente la información y los análisis de los servicios de inteligencia tanto en la planificación operacional como en las bases de rendición de cuentas de la responsabilidad del Estado posteriores al incidente». Deben «garantizar que únicamente la información fidedigna, junto con la adopción de salvaguardias de procedimiento adecuadas, darán lugar al uso de los medios letales».

b. La prohibición absoluta del uso de la tortura

La prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta en derecho internacional. Se trata de una norma perentoria, es decir, una norma *de jus cogens* y no se puede suspender su ejercicio incluso en estados de emergencia que amenacen la vida de la nación con arreglo a los tratados nacionales y regionales de derechos humanos. La prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes no cede ante la amenaza planteada por el terrorismo ni el supuesto peligro planteado por una persona a la seguridad de un Estado. En la práctica, sin embargo, los Estados con frecuencia han adoptado políticas y métodos para enfrentar el terrorismo que, de hecho, eluden y menoscaban esta prohibición absoluta. Por ejemplo, el uso de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes para extraer información del sospechoso de terrorismo está absolutamente prohibido, así como el uso en actuaciones judiciales de pruebas obtenidas mediante la tortura, ya sea internamente o en el extranjero, y de «pruebas secretas» utilizadas por la acusación y otras autoridades en las actuaciones judiciales con infracción del principio de la inadmisibilidad de las pruebas extraídas mediante la tortura, que figura, entre otros, en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura.

Respecto de las condiciones de detención, las prácticas como el uso de la detención secreta y con incomunicación, así como del confinamiento prolongado en condiciones de aislamiento y medidas semejantes encaminadas a causar situaciones de estrés, pueden equivaler a tortura, o a trato cruel, inhumano o degradante.

c. Traslado de personas sospechosas de actividades terroristas

Los Estados tienen la obligación de efectuar los traslados de detenidos de manera transparente y conforme con los derechos humanos y el imperio de la ley, lo que incluye el derecho de todos a la dignidad personal, a ser reconocidos como personas ante la ley y el derecho a las garantías procesales. El marco jurídico internacional de los derechos humanos requiere que toda privación de libertad se efectúe por motivos y con arreglo a procedimientos establecidos en la ley, que se informe a los detenidos de las razones de la detención, que se les notifique cuanto antes de los cargos que se les imputan y que se les facilite el acceso a un abogado. Además, debe garantizarse la revisión pronta y eficaz de la detención por un funcionario judicial que verifique la legalidad de la detención y proteja otros derechos fundamentales del detenido. El mínimo acceso a la asistencia letrada y los límites previstos razonables de la duración de la detención preventiva siguen siendo obligatorios incluso en los estados de excepción. Además, las autoridades nacionales tienen

la obligación de impedir las violaciones de los derechos humanos e investigar y tramitar con diligencia cualquier denuncia de prácticas que puedan entrañar el traslado o la detención de personas de manera incompatible con el derecho internacional. Desde el 11 de septiembre de 2001, en particular, según se informó en los medios de comunicación (y hemos podido ver con nuestros propios ojos), algunos Estados han extraditado, expulsado, deportado o de otra forma trasladado a extranjeros, algunos de ellos solicitantes de asilo, sospechosos de terrorismo, a su país de origen o a otros países donde presuntamente estarían expuestos a un peligro de tortura o malos tratos sin atender al principio de no devolución. En el contexto de la lucha contra el terrorismo algunos Estados han utilizado las garantías diplomáticas, memorandos de entendimiento y otras formas de acuerdo diplomático para justificar el traslado irregular de personas sospechosas de participar en actividades terroristas a países en los que pueden correr el riesgo real de ser sometidas a tortura o a otras violaciones graves de los derechos humanos. Esta práctica plantea diversas preocupaciones graves de derechos humanos.

d. La utilización de perfiles y el principio de la no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación son centrales en las normas de derechos humanos y se reconocen como normas de *ius cogens*. El uso de conjuntos de indicadores para hacer el perfil de posibles sospechosos puede ser, en principio, un medio permisible de investigación y puede ser un instrumento importante de cumplimiento de la ley. En general, la utilización de perfiles es un proceso de filtración que implica un solo indicador o un conjunto de indicadores que, al agruparse, presentan las características de una persona, un pasajero o un envío de alto riesgo. Cuando los agentes del orden utilizan perfiles generales que reflejan generalizaciones no examinadas, incluso a los efectos de la lucha contra el terrorismo, esas prácticas pueden constituir una injerencia desproporcionada en los derechos humanos¹⁵. En particular, si uno de los indicadores en que se basa el perfil es el de una persona de origen étnico o nacional, esto plantea la cuestión de la compatibilidad del uso del perfil con el principio de no discriminación. En su Recomendación general N° 30 (2004), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de NU ha pedido a los Estados que velen por que las medidas que se tomen en la lucha contra el terrorismo no discriminen, por sus fines o efectos, por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, y que los no ciudadanos no se vean sometidos a caracterizaciones o estereotipos raciales o étnicos.

¹⁵ En Alemania la BKA utiliza desde febrero de 2017 el instrumento de valoración de riesgos [RADAR-iTE](#) (“*un análisis basado en reglas sobre los autores potencialmente destructivos, a fin de evaluar el grave riesgo del terrorismo islamista*”). A través de ello tiene lugar una evaluación en gran medida estandarizada— de los riesgos de carácter personal, mediante una valoración cuantitativa y cualitativa, sobre la base de la cual, tras una evaluación en 2019 (en este caso con la versión RADAR-iTE 2.0), se asigna a una persona una escala de riesgo de dos niveles (“*alto*” y “*moderado*”). Sin embargo, debido al riesgo inmanente de cualquier pronóstico de este tipo, el instrumento está dirigido a ser “más bien *sensitivo*” y la mera clasificación como de “alto riesgo” no desencadena todavía ninguna medida operacional. En cambio ya en un segundo nivel, se lleva a cabo una evaluación policial de los casos individuales en el marco del proyecto de seguimiento [RISKANT](#) (“*Análisis de riesgos para autores con motivación islamista*”) desarrollado entre 2017 y 2020; la evaluación caso por caso también se revisa periódicamente. Por último, el RADAR-iTE es complementado por medio del [BKA](#) para predecir la ocurrencia de posibles daños; se da, por lo tanto, una interacción entre consideraciones de carácter fáctico y personal. Respecto al terrorismo de extrema derecha, la valoración de riesgos se hace a través de la “[RADAR-rechts](#)”.

Kai Ambos (2020): El terrorista como “peligroso en potencia” publicado en <https://almacendederecho.org/el-terrorista-como-peligroso-en-potencia>

La Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia ha pedido a los gobiernos que velen por que no resulte ninguna discriminación de las leyes o reglamentos, o de su aplicación, en la esfera de los controles practicados por las fuerzas del orden Y la Red de la Unión Europea de Expertos Independientes en los Derechos Fundamentales ha expresado grave preocupación por la preparación de perfiles de terroristas; la utilización de perfiles sobre la base de características como la nacionalidad, la edad o el lugar de nacimiento, han advertido los expertos, crea un riesgo importante de discriminación. Esto es aplicable además a la utilización de perfiles de personas sobre la base de su religión. La utilización de perfiles o de mecanismos semejantes debe cumplir estrictamente los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación; debe ser objeto de escrutinio judicial estricto y se debe revisar periódicamente.

6. Excepciones en la legislación penal y procesal para combatir el terrorismo.

Las especialidades que tradicionalmente se han dado en el sistema español y que aún se mantienen se concentran en torno:

6. 1. Excepciones en la legislación penal: castigo de actos preparatorios, equiparación de conductas de autoría a las de participación. Consecuencias jurídicas: penas de prisión muy altas, medida post penitenciaria de libertad vigilada, penas de inhabilitación absoluta y para ser docente. No prescriben los delitos terroristas que han causado la muerte, persecución a través de jurisdicción universal, reincidencia internacional

6. 2. Especialidades en la legislación procesal:

- **Ampliación de los plazos de detención e incomunicación:** la duración de la detención se podrá incrementar hasta las 120 horas en lugar de las generales 72 horas en base al apartado primero del artículo 520 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes (vid. art. 55.2 de la CE en materia de suspensión individual de derechos en materia de terrorismo).
- **Limitación de los derechos de defensa durante la incomunicación:** No puede a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. Solo tendrá abogado de oficio.
- **Intervención de comunicaciones:** Un menor nivel de exigencia en cuanto a autorización judicial en la intervención de comunicaciones. las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado podrá ordenar la intervención de las comunicaciones, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación (artículo 579.3 LECrim para comunicaciones postales y 588 ter d.3 para las comunicaciones telefónicas y telemáticas).
- el art. 579.1.3º. LECrim se dispone que la naturaleza terrorista de los delitos

investigados habilitan para que el Juez acuerde la intervención de comunicaciones, en el art. 588 quater b se establece que la investigación de delitos de terrorismo faculta a la escucha y grabación de comunicaciones orales directas, dentro y fuera del domicilio, e incluso de imágenes, por autorización judicial, en el art. 588 septies a. 1.b se faculta la intervención remota sobre equipos informáticos en delitos por terrorismo, con autorización judicial.

- **-Agentes Encubiertos y Entrega vigilada:** Agentes con identidad supuesta con el fin de desenvolverse en ella en la vida real e incluso mantener la misma durante el proceso. En el art. 282 bis 4.n) LECrim se describe como delincuencia organizada el terrorismo a efectos de posibilitarse la utilización del agente encubierto y entrega vigilada. (Vid. agente encubierto informático).
- **-Informes periciales de inteligencia:** Además del tratamiento especial que da la LECrim a la investigación por terrorismo, ha de tenerse en cuenta que en la práctica es cada vez mayor la incidencia de investigaciones por parte de los servicios de inteligencia, y cuyos hallazgos podrían instrumentalizarse en el llamado informe pericial de inteligencia.

Más adelante haremos especialmente referencia a la reforma por LO 13/ 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.) en materia de tecnovigilancia y medidas de investigación.

-Competencia de la Audiencia Nacional y la investigación la lleva a cabo el Juzgado Central de Instrucción.

-Secreto de sumario: supone desde un punto de vista práctico una limitación importante en el acceso a la información necesaria para preparar la defensa. En efecto, los abogados/as no pueden conocer en detalle la situación de sus defendidos, así como cuáles son los hechos concretos que se atribuyen a sus clientes, lo que conduce a la imposibilidad de desarrollar una buena estrategia de defensa.

El secreto significa igualmente que ni el sospechoso ni su abogado/a pueden participar en ninguna de las actividades de la investigación: si un testigo o un perito declara durante la investigación, éste era un extremo desconocido para abogado y cliente que, evidentemente, tampoco pueden estar presentes durante la declaración, ni ser informados de los resultados.

6. 3. Especialidades penitenciarias: Dispersión de presos, Sistema de cumplimiento y tratamiento penitenciario FIES (Presos sometidos al régimen de cumplimiento de Ficheros de especial seguimiento).

7. Los delitos de terrorismo en el Código penal español .

Desde un punto de vista jurídico penal los delitos de terrorismo no son más que delitos comunes agravados y por otro lado el castigo de supuestos más o menos periféricos o preparatorios de esos mismo delitos (por ejemplo, delito de enaltecimiento).

¿Por qué es más grave un homicidio terrorista que un homicidio por otras razones?. ¿Hay una serie de elementos colectivos y personales que justifican la lesividad peculiar de este tipo de infracciones? ¿Es posible explicar por qué una gran parte de los delitos de terrorismo se tipifican en un apartado específico con penas superiores o por qué se castigan conductas que solo son delictivas en el contexto terrorista?.

Cuatro características: Terroristas son las organizaciones que utilizan medios de intimidación masiva, que tienen como finalidad colectiva la de subvertir un orden constitucional.

1. Se trata de actos graves ejecutados por medios especialmente violentos.
2. Comportan al menos un peligro para la vida o la integridad física, salud, es decir, para los bienes jurídicos más básicos.
3. Tratan de influir en la toma de decisiones sobre asuntos políticos a través de la repetición de los referidos actos.
4. Se hallan dirigidos a subvertir el orden político constituido, trata de alterar incluso hacer desaparecer un orden o una forma de vida político, económica o cultural.

y algo importante: busca el miedo y la intimidación masiva, sus objetivos si bien son estratégicos pueden ser aleatorios (las víctimas) busca que el terror y el miedo se extienda más allá de las personas atacadas.

Es criminalidad violenta y organizada idónea para infundir terror orientada a la conquista o preservación del poder: mayor capacidad lesiva, mayor posibilidades de pervivencia, mayor impunidad.

7.1. La modificación del Código Penal por Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo.

En el siglo XX la **organización** era un elemento definidor que vinculaba el terrorismo a una estructura jerárquica con vocación de permanencia. El terrorismo del Siglo XXI y, en consecuencia, la reforma penal realizada en el año 2015 prescinde del elemento estructural para dar entrada al terrorista individual, a fin de que caigan bajo su esfera las actuaciones de yihadistas radicalizados cuyas conexiones con fenómenos terroristas como Al Qaeda o Daesh (ISIS) cuya estructura por ser difusa - pueden existir o no - pueden ser de difícil prueba (Caso de los atentados de la Estación de Atocha el 11 de marzo en Madrid Vid. STS 17 de julio de 2008 y SAN 26 de septiembre de 2005).¹⁶

Las Leyes Orgánicas 1/2015 y especialmente la 2/2015 de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, modifican el Capítulo VII (de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo) del Título XII (Delitos contra el Orden público) y da respuesta al nuevo reto que ha supuesto la aparición del terrorismo yihadista (concepto también evanescente), que hasta el momento estaba más preocupado en combatir los grupos terroristas autóctonos ETA o GRAPO, que eran grupos terroristas cohesionados alrededor de uno varios líderes con una estructura organizada clara (de ahí el nombre de banda armada).

Las reformas del CP siguen la directriz marcada por Naciones Unidas en su Resolución del Consejo de Seguridad número 2178, aprobado el 24 de septiembre de 2014 con una modificación de la regulación de los delitos de terrorismo que afecta incluso a su definición.

En efecto, con anterioridad, el concepto de terrorismo venía caracterizado por el empleo de la violencia indiscriminada con la finalidad de alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional, siempre, inexcusablemente, en el marco de una organización permanente, jerárquicamente estructurada, o la actuación incluso no violenta pero al servicio de los fines

¹⁶ Vid, Lista de organizaciones terroristas en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/>

de la misma (STS nº 608/2013 de 17 de Julio, STS nº 1046/2015 de 19 de noviembre, con cita de otras muchas como las SSTS 480/2009 de 22 de Mayo o la 290/2010 de 31 de marzo) por lo que la base de todo delito de terrorismo la constituía, precisamente, la existencia de dicha organización.

Desde las últimas reformas penales del año 2015, el Título XXII, del Libro II del Código Penal, denominado "Delitos contra el orden público", el Capítulo VII, describe "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo". El Capítulo VII está conformado de dos Secciones con los siguientes epígrafes: "De las organizaciones y grupos terroristas" y "De los delitos de terrorismo", respectivamente¹⁷.

Tras la reforma penal del 2015, se ha actualizado (y ampliado) el art. 573 relativo al "delito de terrorismo" definiéndose éste como la comisión de cualquier **delito grave** contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, falsedad documental incendio, falsedad documental, contra la Corona, de atentado, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo, así como los delitos informáticos de los artículos 197 bis, 197 ter y 264 a 264 quáter, y el resto de delitos tipificados en el capítulo, que se llevaren a efecto con cualquiera de las finalidades de:

1º.- subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

2º.- alterar gravemente la paz pública.

3º.- desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y

4º.- provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

previéndose la penalidad, en el artículo 573 bis CP, que contempla para ellos en ocasiones la pena máxima de privación de libertad: prisión permanente revisable.

Por último, el art. 573 contiene una cláusula general por la que se consideran delitos de terrorismo el resto de las figuras tipificadas en el Capítulo VII (tenencia y depósito de armas, colaboración, adoctrinamiento y capacitación, enaltecimiento o difusión de mensajes o consignas incitadoras entre otros).

En síntesis:

Podemos, pues, concluir que delitos de terrorismo son los delitos graves descritos de forma exhaustiva en el art. 573.1 siempre que estos delitos se cometan con algunas de las finalidades (elementos subjetivos del injusto) que se describen en este artículo;

Además serán delitos de terrorismo los aludidos delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

Y por último, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos expresamente tipificados en el Capítulo VII del Título XXII del Código Penal (tenencia o

¹⁷ La segunda de las reformas es la operada por Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

depósito de armas, actos de colaboración, captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación de terroristas, y trasladarse a un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista, financiación del terrorismo, delitos de colaboración con organización, grupo o elemento terrorista, enaltecimiento del terrorismo, incitación al terrorismo).

Y a estos delitos tenemos que añadir lo establecido en el art. 573 bis, donde se determinan las penas de los delitos de terrorismo en función de su resultado, en el que se introduce en el número cuatro unos delitos no previstos en el art. 573, tales cuales son los desórdenes públicos, junto con los de rebelión; en lo que se refiere a estos último tan solo se agrava la pena por su naturaleza terrorista cuando constituyen el tipo agravado del art. 557 bis, y siempre que se cometa por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos; de ello se infiere que solo pueden pensarse como delito terrorista los desórdenes públicos, como es el caso, cuando se dan las circunstancias agravantes del art. 557 bis del CP¹⁸.

La Reforma legislativa ha merecido serias críticas doctrinales debido a la extensión desmesurada que con ella alcanza la definición de los delitos de terrorismo, no sólo por la extensión de los delitos graves que pueden ser considerados terroristas de concurrir el elemento teleológico, sino también por la amplitud de las finalidades que pueden ser consideradas terroristas, que, se estima “podría extender el ámbito del terrorismo hasta límites irrazonable”¹⁹.

¹⁸ **Artículo 557 bis.**

Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, **y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal**, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código.

¹⁹ El resultado es una regulación que convierte (potencialmente, al albur de la interpretación judicial) en terroristas muchas conductas que no lo son (materialmente y en un régimen de libertades): así, por ejemplo, si de lo que se trata es de reprimir la intención (incluyendo a autores individuales, recuérdese) de “obligar a las instituciones públicas” a hacer o dejar de hacer algo, el sujeto que cometa un delito contra el patrimonio (un delito de daños) para liberar a un animal que va a ser brutalmente sacrificado en un “espectáculo” público con la intención de obligar al Ayuntamiento- en el marco de cuyas fiestas patronales se produce el sacrificio a que suspenda ese “espectáculo”, podrá ser responsable de un delito de daños terroristas. Quien se introduzca en el sistema informático de una organización internacional con la intención de exponer a la opinión pública determinados elementos criticables de su funcionamiento interno, estará incurso en un delito de intrusión informática que podrá ser calificado de terrorista al perseguir su autor “desestabilizar gravemente” a la organización internacional en cuestión. Quien con ocasión de una reunión pública numerosa, actuando individualmente, pero amparado en un grupo, amenace con ejercer fuerza sobre las vallas que cierran el paso a los manifestantes, lo hará para obligar a las instituciones públicas a dejar de obstaculizar el paso a la manifestación, con lo que estará realizando un delito grave de desórdenes públicos, que podrá ser calificado de terrorista. Por lo tanto, los autores de estas infracciones podrían ser sometidos al régimen procesal excepcional que existe en España para las infracciones terroristas, al menos, en una primera fase policial de la investigación (especialmente, teniendo en cuenta lo fácil que puede ser manipular la interpretación y apreciación de la concurrencia de las finalidades típicas subjetivas, siempre dependientes de un juicio de indicios). En conclusión, es obvio que la nueva regulación convierte legalmente en conductas terroristas actos que de ningún modo pueden tener esta consideración sin violentar el lenguaje y las bases de la convivencia constitucional. Parece claro que una interpretación sensata, incluso *contra legem* (negando la concurrencia de las actitudes internas típicas) por parte de los tribunales evitará estas

Se ha dicho que en el Código Penal existe un “concepto nuclear de terrorismo” con otro “concepto legal extensivo” que castiga como terrorismo conductas que formalmente no los son.

7. 2. Los delitos de terrorismo como organización individual

7.2.a Dirección y pertenencia a organización y grupo terroristas: Como hemos dicho el código penal desliga el concepto de delito de terrorismo del elemento estructural razón por la cual los delitos de terrorismo no es necesario que sean realizados en el marco de una organización o grupo. Sin embargo, las organizaciones criminales siguen recibiendo un tratamiento penal específico .

El art. 571 CP considera organización o grupo terrorista a los que reúnen las características de las organizaciones o grupos criminales definidas en el art. 570 bis (la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones siempre que tengan por finalidad o por objeto la comisión de delitos de terrorismo descritos en el art. 573²⁰ o conforme a la cláusula del art. 573 cualquiera de los previstos en el Capítulo VIII del Título XXII. Por su parte el art. 573 bis 4 dispone que el delito desórdenes públicos previsto en el art. 557 bis así como los delitos de rebelión cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos se castigaran con pena superior en grado a la prevista en para tales delitos

La penalidad varía en función del nivel de implicación. Se distingue a efectos de pena entre el organizador, director, etc. y el mero partícipe, castigándose a los primeros con penas de 8 a 14 años e inhabilitación especial, mientras que los segundos sufrirán la de 6 a 12 años e inhabilitación especial. Siguiendo una tradición jurisprudencial bastante criticable, el legislador no distingue a efectos de pena entre organización y grupo (que sustituyen a la antigua banda armada), cuando es claro que con carácter general aquella exige una estabilidad y estructura que justifica una pena superior a la del grupo, más informal e inestable.

El concepto de organización y grupo son muy problemáticos por el escaso número de integrantes (imposible establecer una jerarquía clara y subordinación entre los integrantes), por la falta de estabilidad en el caso de los grupos (no requieren estabilidad ni permanencia), y el alejamiento del concepto tradicional del de “banda armada u organización terrorista” no requiere que estén en posesión de armas o explosivos o inflamables en cantidad o cercana o semejante a la requerida para el depósito.

El problema : La diferencia con los disturbios callejeros, el art. 573 bis 4 castiga los

²⁰ Artículo 570 bis: definición de organización criminal y grupo criminal

1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

desordenes públicos rebelión o sedición cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente amparado en ellos se castigarán con la pena superior en grado prevista para tales delitos: Caso polémico fue la motivada por agresión que fueron objeto en Alsua varios Guardias civiles calificada por la acusación conforme a este precepto que fue rechazada por la Audiencia Nacional (vid. SAN 17/2018 de 1 de junio).

7. 2. b. Depósito de armas o municiones y tenencia o depósito de sustancias explosivas y análogas.

El art. 574 tipifica expresamente el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes y la fabricación-tráfico-suministro-colocación o empleo de los mismos, con un subtipo agravado en el caso de tratarse de armas o explosivos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos (art. 574 CP) siempre que se cometan con cualquiera de las finalidades que se contengan en el art. 573 y que resultan sancionadas en el art. 573 bis. 5. La penalidad está en función de la mayor o menor peligrosidad del arma o sustancia en cuestión (va de prisión de ocho a veinte años).

8. Los delitos de terrorismo individual.

8.1. Adoctrinamiento y Adiestramiento

Tanto la Decisión Marco M de la UE 2008/ 919/JAI como la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178 de 22.9.2014 *establecen obligaciones de tipificación de las conductas de adoctrinamiento o adiestramiento.*

Bajo la denominación adoctrinamiento terrorista se reúnen una serie de modalidades delictivas; y así, en primer lugar, se castiga a quien adoctrina a una persona (como una forma de colaboración con grupos u organizaciones terroristas, art. 577.2 CP); se castiga a quien es adoctrinado por otro (como una conducta de adoctrinamiento pasivo, art. 575.1 CP) y se pena a quien se adoctrina a sí mismo (como una actividad de autoadoctrinamiento, art. 575.2 CP), y por ello podemos concluir que cualquier tipo de adquisición o transmisión de conocimientos o herramientas terroristas se encuentra al alcance de nuestra normativa penal.

El adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de armas y explosivos, así como el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se verifique a través de internet, se tipifican en el artículo 575 CP. También en este artículo se tipifica la conducta de traslado o territorio extranjero para colaborar con organización o grupo extranjero.

El art. 575 viene hacer frente al hecho constatado de que el terrorismo yihadista promueve el sistema de captación y capacitación completamente distinto del que venía siendo utilizado por los fenómenos terroristas clásicos en los que ambas conductas eran controladas por la organización.

Por el contrario, el nuevo terrorismo cuenta con un marco **las TIC** que permiten que se fomente la radicalización y el adiestramiento individual, lo que también explica el surgimiento de un nuevo fenómeno criminológico **el lobo solitario**, sobre el que habría que hacer muchas matizaciones pero que en cualquier caso sirve para explicar lo que hoy es un hecho: que cualquiera con acceso a internet puede entrar en contacto con un aparato

ideológico de grupos radicalizados y aprender técnicas de ataque²¹. Se intenta regular con ello una actividad cada vez más difusa e inaprensible, (puesto que este nuevo terrorismo ya no opera bajo la organización estructurada en comandos, de corte paramilitar a que nos tenían acostumbrados ETA, sino por adhesión ideologizada que no precisa de contacto directo con la organización terrorista y puede ser incluso de carácter individual), intentando erradicar el problema desde su raíz, desde su vocación de expansión internacional a través de internet, y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, a través de las cuales se transmite un mensaje de incitación a violencia y al odio.

Ahora, los destinatarios de esos mensajes pueden ser individuos aislados que, tras su radicalización individualizada y adoctrinamiento (que puede ser autónomo a través de la red), intenten perpetrar ataques contra objetivos difusos, incluyendo atentados suicida.

El Código penal castiga lo que denomina **adoctrinamiento y adiestramiento** militar o de combate o técnica de desarrollo de armas castigando tanto el hecho de recibir adoctrinamiento adiestramiento (núm. 1).

Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

como el hecho de recibirlo por si mismo (**Autoadiestramiento o autoadoctrinamiento**)

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

*Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos **contenidos estén dirigidos o resulten idóneos** para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.*

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

En ambos casos lo determinante es que se radicalice para llevar a cabo la conducta de delitos tipificados en el Capítulo. Se castiga pues la preparación individual para cometer delitos futuros de terrorismo.

Que el legislador de 2015 haya incluido como interpretación auténtica del auto

²¹ TAPIA ROJO, M^a. E., “Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: el papel de las redes sociales”, Documento de Opinión 02/2016, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Disponible en www.ieee.es; LE- JARDA ILLARO, E.; “Terrorismo islamista en las redes. La Yihad electrónica”, Documento de Opinión 100/2015, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Disponible en www.ieee.es; y CARLINI, A., “ISIS una nueva amenaza en la era digital”, Documento de Opinión 129/2015, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Disponible en www.ieee.es.

adiestramiento la conducta consistente en acceder de manera habitual a páginas de Internet o la posesión de documentos con contenido idóneo para adiestrarse en el manejo de esas sustancias o artefactos o para coadyuvar al enrolamiento de personas en organizaciones terroristas o a colaborar con ellas. Se trata de la sanción de una sospecha que no traspasa el umbral de la actividad reservada individual, donde el Estado no debería intervenir.

En la represión penal de conductas de adoctrinamiento o auto adoctrinamiento o hetero adoctrinamiento debe quedar claro que lo que no puede ser castigado es el adoctrinamiento ideológico porque pueden colisionar con el derecho fundamental a la libertad ideológica, de expresión y presunción de inocencia. Debe implicar un peligro cierto de que el sujeto se incorpore a una organización terrorista o que colabore con ella, es decir debe probarse que es un sujeto que tras un proceso de adiestramiento o radicalización se considera decidido pasar a la acción y se está preparando para delinquir de manera idónea a tal fin (vid. STS 373/2020 de 3 de julio).

En el contexto de todas las circunstancias específicas del caso, esta intención puede inferirse, por ejemplo, del tipo de materiales y de la frecuencia de la consulta. Por lo tanto, descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo. Por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo.

8.2. La financiación del terrorismo del art. 576 CP

El tercer factor diferencial del nuevo terrorismo descansa en una extensa, amplia e innovadora red de fuentes de financiación. El ascenso del Daesh reside en su capacidad de autofinanciación utilizando todos los mecanismos comerciales y financieros que ofrece el mercado mundial.

Inicialmente se ha financiado con donaciones que provendrían de Turquía, Kuwait, Catar y otros países del Golfo Pérsico por medio de ciertas organizaciones benéficas suníes. Pero después sus ingresos provienen fundamentalmente de la venta de hidrocarburos en el mercado negro. Los *yihadistas* controlan casi una docena de campos de petróleo y gas en Siria, algunas refinerías en Siria e Irak y el principal oleoducto que une Irak con Turquía. Al mismo tiempo, en las zonas bajo su dominio, los *yihadistas* combinan una forma islámica de tributación con actividades propias del crimen organizado (robos, extorsiones, y contrabando). Daesh habría ingresado también decenas de millones de dólares con el contrabando de antigüedades procedentes de museos y vestigios arqueológicos iraquíes²², y varios millones más mediante el tráfico de mujeres y niños vendidos como esclavos. Y por último, otra importante fuente de negocio proviene del pago de rescates por personas secuestradas

La regulación de la financiación prohibida está vinculada a la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que supone la

²² Sobre como Combatir el tráfico ilícito de antigüedades de países en conflicto, **vid.** <http://www.heritageforpeace.org/?lang=es>

transposición de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, lo que explica la relación entre ambas figuras. Sin embargo, aunque su parentesco con el delito de blanqueo de capitales es innegable, la conducta prevista en el art. 301 CP (clásico delito blanqueo de capitales) alude únicamente a “*adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes*” con conocimiento de su origen ilícito, mientras que el delito de financiación terrorista que nos ocupa amplía el espectro de conductas *incluyendo “recabar” y, sobre todo, “realizar cualquier otra actividad” con bienes o valores de cualquier clase*²³.

Por otra parte, el blanqueo consiste esencialmente en ocultar el origen ilícito de los bienes, y el delito de financiación exige, por el contrario, que las citadas actividades que tienen por objeto los bienes se realicen “*con la intención*” de que se utilicen en actividades terroristas o “*a sabiendas*” de que serán utilizadas.

Cuando la actividad financiera *se vincula directamente a la comisión de delitos de terrorismo, se convierte en coautoría o complicidad*, según los casos (art. 576.2 CP). En otro caso, la pena básica es de 5 a 10 años de prisión y multa del triple al quíntuplo del valor de lo financiado. Si fuera responsable una persona jurídica, se impondrá una pena de multa de hasta 5 años.

También se castiga el delito de financiación terrorista cometido por imprudencia (artículo 576.4 CP). Al igual que ocurre en el delito de blanqueo de capitales (art. 301.3), el legislador se tipifica la negligencia de quien está obligado a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo. El art. 2.1 de la Ley 10/2010 incluye una larga lista de sujetos obligados, tanto personas físicas como jurídicas, desde las entidades de crédito hasta los casinos o las administraciones de lotería. En todo caso, la imprudencia debe ser grave; si fuera menos grave o leve habrá que remitirse al régimen sancionador de la Ley 10/2010.

8.3. Colaboración con el terrorismo.

El art. 577 1. CP castiga con penas de 5 a 10 años de prisión y multa a quien recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

El propio Código penal define lo que debe entenderse por colaboración .

En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

²³ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/>

Conviene aclarar que sólo puede ser calificado como colaborador quien no pertenezca a la organización, pues si fuera así habría que aplicar los arts. 571 y 572 CP.

La colaboración se diferencia de la integración en la organización o en el grupo (grado de intensidad y persistencia). El colaborador no participa del entramado de la organización, existe una cierta adhesión ideológica: lo relevante es que pone a disposición de la organización: información, medios económicos, transporte, etc. en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda colabora con la actividad que en si misma no aparece conectada con la concreta actividad delictiva.

El tipo de colaboración permite la incriminación de supuestos en los que existen dificultades probatorias acerca de la participación en un hecho típico concreto.

En definitiva las notas distintivas de la organización son:

- a. carácter residual respecto a la integración
- b. es un delito autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de la ley, de suerte que si los actos de colaboran están conectados causalmente con el hecho delictivo concreto entraría en el área participación del delito pero no en el de colaboración
- c. es un delito de mera actividad y de peligro abstracto.

La LO 2/2015 ha introducido una extraña modalidad de *colaboración “por imprudencia grave”*, que se compadece mal con una estructura delictiva que parece exigir inexorablemente la acreditación de un vínculo doloso entre el acto realizado y los fines terroristas a cuyo logro coadyuva aquella. Por muchos motivos sería deseable su supresión, tal y como reclamaron sin éxito algunos grupos parlamentarios.

8.4. El desplazamiento al extranjero a países dominados por grupos terroristas (art. 575.3 CP).

También contempla la reforma el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados a alguno de los escenarios en conflicto en los que los yihadistas están participando, especialmente Siria e Irak, (bien sea para colaborar o para adoctrinarse en el manejo de armas y explosivos) y su retorno, que se percibe como una de las mayores amenazas a la seguridad por la comunidad internacional y por la Unión Europea en particular.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero.

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2170/2014, de 15 de agosto de 2014, junto a la 2178 (ya mencionada), hicieron hincapié en la necesidad de sancionar la captación de “combatientes terroristas extranjeros”, ciudadanos de occidente que se dejan embaucar por el yihadismo y viajan a países dominados por grupos terroristas para enrolarse en ellos. Por lo demás, la determinación de la conducta punible queda en entredicho, toda vez que la alusión legal a “territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista” no permite saber con la claridad exigible en Derecho penal a qué territorios se refiere, porque el término “control” es excesivamente ambiguo.

Al igual que en las conductas anteriores además de que el sujeto se traslade efectivamente a un territorio extranjero controlado por una organización terrorista tiene que hacerlo con una determinada finalidad. Esta finalidad debe ser adiestrarse para después incorporarse a

una organización terrorista, cometer delitos de terrorismo o colaborar con sus fines.

9. Otros delitos de terrorismo:

9.1. Enaltecimiento o justificación del terrorismo o denigración de las víctimas

El art. 578 CP castiga el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 del CP.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

Esta figura, con cierta tradición ya en nuestro Código, ha permitido el castigo de conductas de connivencia con los grupos terroristas que, sin embargo, bien podrían quedar amparadas por la libertad de expresión en un auténtico Estado democrático de Derecho. Como es sabido, sólo las conductas apologéticas que puedan implicar una provocación para la ejecución de delitos de esta clase merecerían la sanción penal.

Sin embargo, el legislador no sólo castiga la exclamación favorable al terrorismo o a sus autores sino también cualquier proclamación pública de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de terrorismo, que sin duda son actos atentatorios contra la dignidad de las personas (y quizá, también, contra el sentido común) pero que en modo alguno pueden considerarse actos terroristas. La pena prevista para estos hechos (de 1 a 3 años de prisión y multa) puede incrementarse en un grado si el hecho provoca un “grave sentimiento de inseguridad o temor en la sociedad”, cláusula cuya indeterminación debería provocar su derogación inmediata, ya que queda al albur de la mayor o menor sensación de temor social (alarma social) el castigo del culpable²⁴.

²⁴ Por poner algunos ejemplos de los procedimientos penales seguidos por delitos de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo en casos bien conocidos por la opinión pública:

1. la SAN 8/2014, de 31 de marzo, castiga al rapero *Pablo Hasel* a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo superior a 10 años al tiempo de la condena a pena de prisión y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;
2. la STS 623/2016, de 13 de julio, condena a la acusada de publicar en las redes sociales diversos chistes de humor negro sobre Carrero Blanco y otras conocidas víctimas del terrorismo (*caso Madame Guillotine*), a la pena de 8 años inhabilitación absoluta y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena (el TS rebaja de dos a un año la pena de prisión impuesta por la sentencia de la AN, pero deja inalteradas las penas de inhabilitación inicialmente previstas);
3. la STS 4/2017, de 18 de enero, condena a *César Strawberry* (cantante y líder del grupo *Def con Dos*) a la pena de inhabilitación absoluta de 6 años y 6 meses;

9.2. Otras conductas de incitación: Difusión de mensajes provocadores del terrorismo (art. 579 CP).

Para cerrar el círculo de conductas relativas al terrorismo, el legislador de 2015 ha incluido una nueva conducta consistente en la difusión pública de “mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo”. Para diferenciar este delito del previsto en el artículo precedente, debe exigirse que la idoneidad expresada lo sea para cometer los genuinos delitos de terrorismo y no sólo los delitos de opinión, como el enaltecimiento, pues en ese caso se estaría castigando por la emisión de opiniones que puedan generar otras opiniones, algo realmente inaudito. También debería tenerse en cuenta el contexto en el que se emiten los mensajes y su actualidad, pues no es lo mismo una opinión vertida hace años y conocida hoy que otra vertida y conocida hoy, en un momento determinado de ataques terroristas, cuya emisión sí pueda provocar una cierta connivencia de determinados sectores sociales proclives a las doctrinas abrazadas por los terroristas.

También se castigan en el art 579. 3 los actos preparatorios de conspiración, provocación y proposición a cometer alguno de los delitos regulados en dicho Capítulo.

Por ultimo at. 580 bis. Responsabilidad penal de personas jurídicas si se cumplen los requisitos del art. 31 bis.

10. Especialidades en materia de investigación.

Los delitos de terrorismo son ámbitos delictivos en los que se pueden utilizar nuevas técnicas de tecnovigilancia de la información o comunicación según la LO 13/2015 través de la Ley Orgánica 3/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

Concretamente el art. 579 de la LECrim especifica que, la interceptación de la información o comunicación se puede aplicar a 3 supuestos concretos: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo. A estos ámbitos delictivos se añadirá en otro artículo un cuarto: delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

En consecuencia, las medidas de tecnovigilancia introducidas por la reforma por LO 13/2015 de la LECrim,) son técnicas de investigación que se adaptan a la sociedad digital y que abarcarían el conjunto de medidas de investigación que suponen la intervención y registro de comunicaciones de cualquier clase, ya se realicen a través del teléfono o de

-
4. la SAN 4/2017, de 21 de febrero, condena al rapero *Valtonyc* a la pena de 8 años de inhabilitación absoluta;
 5. la SAN 9/2017, de 29 de marzo, condena a *Cassandra Vera* a la pena de 7 años de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por publicar diversos chistes sobre Carrero Blanco; y
 6. la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, impone a todos los condenados e integrantes del colectivo de raperos conocido como *La Insurgencia* la pena de 8 años y un día de inhabilitación absoluta y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

cualquier otro medio o sistema de comunicación (como por ejemplo un ordenador), así como aquellas investigaciones que se sirven de dispositivos técnicos para el seguimiento y/o la geolocalización, para la captación, en espacios abiertos o cerrados, de la imagen y/o el sonido o, por último, persiguen acceder al contenido de dispositivos de almacenamiento masivo o al registro remoto de un ordenador.²⁵

En el recursos a estas técnicas de investigación existen una serie de principios y requisitos necesarios que deben cumplirse para eliminar cualquier posible vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18. 3 y 4 de la Constitución Española. (art. 588 bis a Principios rectores)

La Constitución exige autorización judicial previa para limitar el secreto de las comunicaciones. Son requisitos esenciales: existencia de una resolución judicial, la cual debe ser suficientemente motivada, acordada por un juez competente, resuelta dentro de la cobertura procedimiento jurisdiccional, especialidad, en el sentido de que tales diligencias han de ser acordadas con motivo de unas concretas actuaciones llevadas a cabo para la investigación de unos hechos aparentemente delictivos, con exclusión de actuaciones de carácter prospectivo e indeterminado, debe tener una finalidad específica. Respecto a la duración el artículo 579.3.º LECrim autoriza por períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal) y la proporcionalidad (sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio y, finalmente debe ser revisable y controlable en sus práctica y desarrollo por un juez.

10.1 . El “agente encubierto” y el “agente encubierto informático”.

La figura del agente encubierto aparece regulada en el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: precepto que se introduce *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico a través de la modificación de la citada Ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, con la nueva redacción del precepto por LO 13/2015 que introduce los nuevos apartados seis y siete.

El concepto de agente encubierto es un concepto legal previsto en el art. 282 bis LECrim, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operando, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos.

²⁵ Por ejemplo: la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter LECrim), la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 quater LECrim), la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen (art. 588 quinquies LECrim), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 sexies LECrim) o el registro remoto sobre equipos informáticos (art. 588 septies LECrim).

El agente encubierto "ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal".

En lo que respecta al posible ámbito de actuación del agente encubierto, el apartado 1 del art. 282 bis LECrim. establece como requisito que nos encontremos ante "investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada".

Además, el apartado 4 se encarga de establecer qué debemos entender por delincuencia organizada, disponiendo que "a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas" y añadiendo a continuación una serie tasada de delitos cuya comisión, de forma permanente o reiterada es requisito para posibilitar la actuación del agente encubierto.

El segundo aspecto a tener en cuenta es la necesidad de que medie una autorización judicial. Ello se debe a que nos encontramos de nuevo ante una figura que, a través de su actuación, puede afectar a derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. La limitación de estos derechos fundamentales, llevada a cabo por la autoridad pública, debe obedecer a un fin legítimo, ser proporcional y estar amparada legalmente, lo cual es previsto por el legislador a través de esta exigencia de autorización judicial previa, autorización que debe estar motivada y ser precisa para el logro de los fines de la investigación en marcha. Los agentes de policía de esta manera se verán autorizados "a actuar bajo supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos" ex art. 282 bis 1 LECrim. Esta identidad supuesta tiene una duración máxima definida en un plazo de seis meses, con posibilidad de ser prorrogados por dos de igual duración, siempre que la investigación lo requiera justificadamente.

Otra nota característica de esta figura es el deber de información exigido al agente encubierto, el cual deberá poner la información que vaya descubriendo a disposición de quien autorizó la investigación, a la mayor brevedad posible. Como se puede observar, no se fija un plazo determinado para el cumplimiento de este deber sino que el legislador establece que "deberá ser puesta a la mayor brevedad posible".

Por lo que respecta al agente encubierto informático fue introducido por la reforma procesal por LO 13/2015 en el art. 282 bis, apartados 6 y 7. Su previsión se ve encaminada a la investigación de los delitos llevados a cabo por la delincuencia organizada dispuestos en el apartado 4, del art. 579 de la LECrim, a saber, delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal o delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; o cualquier otro delito cometido a través de medios informáticos. Además, se prevé que este agente encubierto podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos, por razón de su contenido, para poder conseguir con ello algoritmos que le permitan conocer la identificación del investigado, siempre contando con la autorización judicial pertinente.

Por último, el apartado 7 regula la posibilidad de que el agente pueda filmar imágenes y grabar las conversaciones que éste mantenga con el investigado, incluso si se desarrollan en el interior de un domicilio. Para ello y en todo caso, el agente deberá contar con una autorización previa otorgada por el Juez competente.

Existen ciertas diferencias entre un agente encubierto y un agente encubierto informático pues este último hace referencia a actuar bajo una identidad supuesta en canales cerrados de

comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este mismo artículo (282) o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a), asimismo podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. Por el contrario, el agente encubierto podrá obtener imágenes y grabar las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

En otras palabras, un agente encubierto es aquel que lleva a cabo investigación a nivel físico, en tanto que un agente encubierto informático lleva a cabo la investigación por medios digitales.

Por lo tanto, el ámbito de actuación del agente encubierto informático se reduce al mundo virtual, de las comunicaciones y tecnológico (el ejemplo ante el que nos hallamos, de la creación de un perfil en Facebook para contactar con Penélope sería una actuación de un agente encubierto informático).

El art. 282 bis.1 afirma que la identidad supuesta del agente encubierto será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. Así, en los hechos probados también se recoge esta misma condición pues el juez autoriza al agente encubierto informático también por “plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación de la presente resolución (sin perjuicio de prórroga caso de resultar necesaria) y en los términos concretados

11. Sanciones penales: Especialidades en materia de penas.

El art. 579 bis prevé con carácter general la imposición, aparte de las penas específicamente previstas, la de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.

También se prevé, en el párrafo segundo, la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada una vez cumplida la pena de prisión, por un período que oscila entre el año y los diez años, dependiendo de la gravedad del delito. No obstante, se permite no aplicar dicha medida si se trata del primer delito cometido y éste no reviste especial gravedad, a juicio del tribunal. La posibilidad de sumar la medida de seguridad a la pena ya cumplida se abrió en nuestro sistema penal mediante la reforma de 2010, circunscrita a delitos de terrorismo y contra la libertad sexual. La reforma penal de 2015 ha ampliado el elenco de delitos a los que se aplica.

Otras especialidades es el relativo a *terroristas arrepentidos* (art. 579.4 CP). Se prevé una atenuación de pena para el integrante de las organizaciones y grupos terroristas que los abandona y colabora activamente para con las autoridades para impedir al producción del delito o para obtener pruebas o para identificar o capturar a otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones, grupos u otros elemento terroristas a los que haya pertenecido o colaborado.

Naturalmente, cuando no concurren todos los requisitos previstos en el precepto, pero se acredite una reparación del daño podrán aplicarse las atenuantes genéricas del art. 21.4ª y 5 o

21.7ª CP. En segundo lugar, para los *delitos de menor gravedad* (art. 579.5 CP). Se permite a los tribunales, con carácter general, la disminución de la pena en uno o dos grados cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, éste sea objetivamente menos grave y merezca, por tanto, una pena en consonancia con dicha menor gravedad y no la prevista con carácter general en el Código.

1 Aplicación l del artículo 76.1.d CP: Penas privativas de pueden llegar hasta 40 años

2. Art. 78 CP Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76 .1 la pena a cumplir resultare inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, compto de tiempo para la libertad condicional se refieren a la totalidad de penas impuestas (excepción prevista en el art. 78.2.CP).

3. Artículo 76.2 LOGP, en el que se exige, para progresar al tercer grado, además del cumplimiento de los requisitos fijados en otros preceptos del referido texto punitivo, el abandono de la organización, la colaboración activa con las autoridades y la petición expresa de perdón a las víctimas.

4. Artículo 102.5 c) RP, que establece la clasificación en primer grado penitenciario para los presos por delitos de terrorismo salvo que muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de la organización o banda a la que pertenecen;

5. Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre régimen y seguridad y el régimen de cumplimiento derivado de la normativa FIES;

6. Artículo 51.2 LOGP, que prevé la posibilidad de intervención de las comunicaciones del preso con el letrado con autorización judicial

7. Política de dispersión, que constituyó un mecanismo de actuación contra ETA para evitar que se conformaran grupos de presión que evitaran la resocialización de los internos y su abandono de la organización;

12. Tratamiento penitenciario y víctimas. NO

Ley Estatal 29/2011, de 22 de septiembre de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, aprueba su Reglamento.

Bibliografía

CUERDA ARNAU, ML; ALONSO RIMO, A.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (2018) Terrorismo, sistema penal, y derechos fundamentales Tirant Lo Blanch. Valencia.
GONZÁLEZ COLLANTES, T (2021): Yihadismo, desconexión, desradicalización, adoctrinamiento y defensa social, en Revista de Derecho penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 25, 41-75.



Materia Formas Específicas de Criminalidad I
3º Curso del Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024

©Inma.valeije@usc.es

TEMA 3: HOMICIDIO Y ASESINATO. ASESINO PSICÓPATA. ASESINO EN SERIE. ASESINO EN MASA. PSICÓPATAS.

Sumario:

- 8. Introducción.**
- 9. Algunos datos sobre el homicidio en España.**
- 10. El delito Homicidio en el Código Penal español.**
- 11. El delito de Asesinato en el Código Penal español.**
 - 11.1. El problemático concepto de alevosía.**
 - 11.2. La circunstancia de precio, recompensa o promesa.**
 - 11.3. El problemático concepto de ensañamiento.**
 - 11.4. Muerte que se comete para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.**
- 12. Los asesinatos cualificados del art. 140 CP.**
- 13. La agravante genérica por discriminación de género y el delito de feminicidio.**
- 14. Asesinos en masa (múltiples): tipos y subclasificaciones.**
 - 14.1. Asesino en serie.**
 - 14.2. Psicopatía y psicosis: organización vs. desorganización.**
 - 14.3. La psicopatía o Trastorno Antisocial de la Personalidad.**
 - 14.4. El tratamiento legal de las psicopatías.**

I. Introducción

El homicidio (asesinato) es el hecho delictivo consistente en terminar con la vida de otra persona de forma dolosa o culposa. El derecho a la vida es un derecho fundamental, que en España se recoge en el artículo 15 de la Constitución, siendo su protección uno de los principales objetivos de cualquier Estado.²⁶

En las sociedades modernas el homicidio se considera la manifestación más violenta del comportamiento criminal y se entiende como un ataque contra la sociedad en general, y como un crimen contra la humanidad. Es un crimen que se castiga en todas las sociedades, aunque sus definiciones puedan variar; y para el que se imponen las condenas más graves, incluyendo la pena de muerte. El estudio del homicidio es importante no solo porque sea el tipo más extremo de violencia, sino porque desde el punto de vista social, su repercusión e impacto fomentan el miedo y la inseguridad, extendiéndose la victimización más allá de las personas que resultan muertas, hasta los familiares y personas cercanas a la víctima mortal.

Además, el número de muertes violentas es uno de los mejores indicadores del nivel de violencia y seguridad de un Estado²⁷.

Como coste social, los homicidios “tienen un gran efecto en la percepción de inseguridad que tiene la sociedad, conllevando a la erosión del capital humano y social, así como efectos negativos en el desarrollo de la comunidad”. Además, los homicidios generan alarma social, se mantienen a largo plazo en la memoria colectiva, y repercuten directamente en la valoración que hace la ciudadanía de la eficacia de los cuerpos policiales

Como señala Naciones Unidas, el homicidio no es simplemente un crimen accesorio que permite al criminal conseguir objetivos materiales, o que se limita a determinados factores sociales, sino que en cualquier momento pueden darse situaciones que precipiten el uso de la violencia mortal. Las circunstancias y motivaciones que pueden conducir al homicidio son varias y, en ocasiones, puede ser un fenómeno multicausal, por lo que clasifican los homicidios intencionales en tres grandes grupos o tipologías:

- a. Los que están relacionados con otras actividades criminales, principalmente derivados de la violencia entre grupos (como el crimen organizado, o bandas violentas), que suelen ser premeditados o instrumentales (se busca ese fin); pero que también pueden acompañar a otros delitos, en los que la muerte es una consecuencia en principio no deseada (como en el robo con violencia o en algunos delitos sexuales).
- b. Los asociados a cuestiones *interpersonales*, que principalmente se derivan de la intención de resolver un conflicto o de castigar a la víctima mediante la violencia cuando las relaciones se tensan, debido a disputas por la propiedad, venganzas o riñas, siendo especialmente relevantes los que ocurren en el seno de la familia, y contra las parejas.
- c. Los vinculados con motivos *socio-políticos*, de más difícil cuantificación, motivados por el ejercicio del poder cuando se quiere imponer una agenda determinada, o por

²⁶ Epígrafe extraído de Informe sobre homicidios en España 2018 https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2018/INFORME-HOMICIDIOS-2010_2012.pdf

²⁷ Para profundizar en la cuantificación del homicidio en Europa, a nivel general o por países, se puede consultar el portal estadístico oficial de la Unión Europea, Eurostat (<http://ec.europa.eu/eurostat/>).

causas ideológicas, étnicas o políticas. Como ejemplos cabe citar el terrorismo o los homicidios que se producen en etapas posteriores a grandes conflictos nacionales o en periodos de inestabilidad política, tratándose de una violencia ejercida contra determinados grupos por razones de género, religión, orientación sexual, ideología, raza o clase social. Los asesinatos relacionados con la guerra también se consideran violencia sociopolítica, pero no se incluyen en esta categoría porque no forman parte del homicidio doloso (UNODC, 2014).

Un sistema de justicia penal efectivo que garantice que haya una investigación rigurosa y se dicten sentencias justas para los presuntos homicidas es requisito previo para hacer valer el Estado de derecho y lograr justicia para las víctimas de homicidio; de otra manera, la impunidad de los criminales puede propiciar que se cometan más homicidios. La eficiencia y la efectividad de la respuesta del sistema de justicia penal se pueden medir a través de indicadores como el número de casos de homicidios resueltos por la policía, y el de personas detenidas y condenadas por este delito (UNODC, 2014).

Determinar las causas del homicidio también es una tarea compleja, como señalan diferentes estudios, debido a la existencia de diversos factores que lo explican, destacándose desde el ámbito científico los modelos de explicación psicológicos, psicopatológicos y sociales. En relación a estos últimos, hay autores que afirman que este delito puede estar muy relacionado con los elementos sociales y económicos característicos de cada país, y que por tanto se podría estimar la tasa de homicidios en función de la pobreza de una nación. Desde la disponibilidad de un arma (o la falta de ésta) hasta el uso de sustancias psicoactivas, que podrían actuar como “facilitadores” del homicidio, tales factores pueden determinar patrones y niveles de este delito; de modo que cuando se les presta atención a través de políticas de prevención, los homicidios pueden disminuir (UNODC, 2014). El nivel de alfabetización correlaciona inversamente con la ratio de homicidios tanto a nivel macro como a nivel individual. Esto explica en parte las bajas tasas de homicidio de los países europeos (ver más adelante), donde la tasa de alfabetización es próxima al total de la población. Los países con un sistema sanitario bien desarrollado, con sistemas de emergencias eficaces, y facilidades de acceso a hospitales, tienen menores ratios de mortalidad tras la comisión de crímenes violentos. Incluso se defiende una correlación negativa entre la inversión en sanidad y la posibilidad de que un crimen violento termine en homicidio. El buen funcionamiento de los cuerpos policiales y del sistema judicial de un país, previene la impunidad de los criminales homicidas. En suma, el homicidio es uno de los indicadores más completos, comparables y precisos para medir la violencia; y el estudio pormenorizado de todos los aspectos de la conducta homicida, una importante herramienta para monitorizar la seguridad, la justicia y el desarrollo de los Estados (UNODC, 2014)

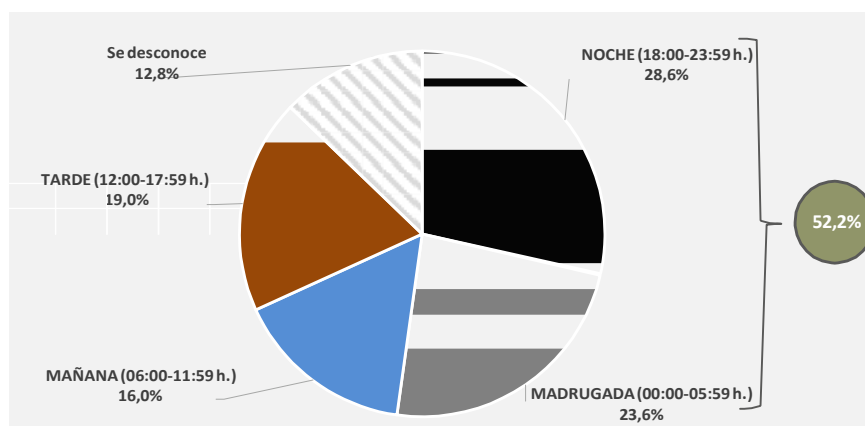
2. Algunos datos del homicidio en España

Para cuantificar el fenómeno del homicidio en España, hay que recurrir a los datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Por su parte, el Ministerio del Interior también viene publicando informes periódicos en los diferentes balances de criminalidad disponibles su página web²⁸ con datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policías autonómicas y policías locales que proporcionan datos al Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC). Ahí se puede comprobar que en este delito se llega a establecer un alto grado de esclarecimiento policial (que ronda el 90%).

Distribución por franjas horarias

²⁸ (<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/>).

FRANJA HORARIA	Lun.	Mar.	Mié.	Jue.	Vie.	Sáb.	Dom.	TOTAL
MADRUGADA (00:00-05:59 h.)	17	17	25	19	19	22	30	149
MAÑANA (06:00-11:59 h.)	15	13	15	5	17	17	19	101
TARDE (12:00-17:59 h.)	14	18	20	20	19	15	14	120
NOCHE (18:00-23:59 h.)	16	23	26	34	30	27	25	181
Se desconoce	11	10	11	10	13	11	15	81



Respecto a las armas empleadas en los homicidios hay mucha variabilidad. En la mayoría de los casos (41,10%) se emplean armas blancas, seguidas de las de fuego (16,30%), repartiéndose el resto entre diferentes modalidades. Se ha podido establecer que en un 36,28% de los casos (316) el arma fue de oportunidad, y en un 21,93% (191) fue portada (se llevaba en el momento de la comisión).

Porcentaje armas del hecho.

Medios asfixiantes: 5,05%

Se desconoce:

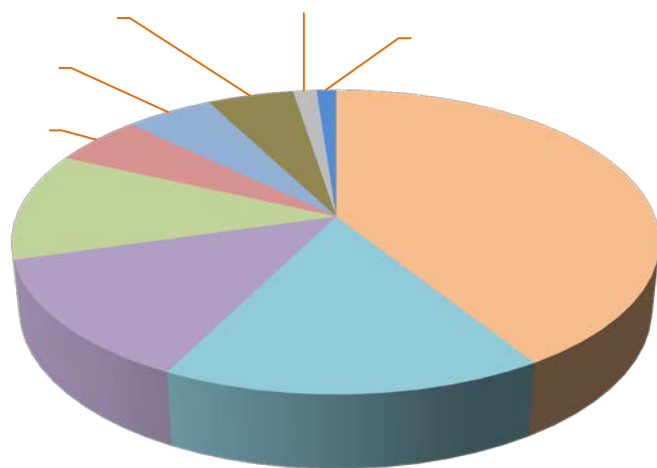
5,17%

Otros: 5,28%

Objeto contundente: 11,48%

Fuerza/cuerpo del agresor: 13,09%

Varias armas:



1,38%

Sust./objetos incendiarios:
1,15%

Arma blanca: 41,10%

Arma de fuego: 16,30%

Sexo de la víctima por tipología delictiva

TIPOLOGÍA PENAL	Masculino	Femenino	Desconocido	Total
INTERPERSONAL	301	219	1	521
Discusión/reyerta	133	11	0	144
Violencia de género	0	130	0	130
Resto de violencia doméstica/familiar	86	57	1	144
Otras interpersonales	70	17	0	87
Se desconoce	12	4	0	16
ACTIVIDADES CRIMINALES	89	29	0	118
Robo	38	13	0	51
Otras actividades criminales	38	7	0	45
Organización/grupo criminal	7	2	0	9
Prostitución	1	7	0	8
Bandas	5	0	0	5
Se desconoce	16	6	0	22
TOTAL	406	254	1	661

Vid. Informe sobre Homicidio España en Plataforma Teams.

3. El delito de Homicidio en el Código Penal español

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó los delitos de homicidio y asesinato (arts. 138 a 141 CP)

El artículo 138 CP recoge la nueva redacción del delito de homicidio, de manera que cabe distinguir entre:

- Tipo básico.

Se regula en el art. 138.1 CP (el que matare a otro) y se castiga con la pena de prisión de 10

a 15 años.

- Tipos agravados

Se recogen en el art. 138.2 CP y son una novedad de la reforma de 2015. La pena prevista es la pena superior en grado (esto es, prisión de 15 años y un día a 22 años y 6 meses).

Dentro de ellos, cabe distinguir:

1) Tipos agravados por la concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140 CP (art. 138.2 CP, letra a). En este caso, se produce una remisión a determinadas circunstancias que están previstas para agravar el asesinato, que son las siguientes:

- M. Que la víctima sea menor de dieciséis años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- N. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- O. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. Ha de tenerse en cuenta la definición de grupo u organización criminal viene recogida en el propio texto punitivo. Así, el art. 570 bis CP define la organización criminal como la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos y el 570 ter CP define el grupo criminal como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

2) Tipo agravado cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP²⁹ (art. 138.2 CP, letra b). Con el propósito de reforzar el respeto a la

²⁹ **Artículo 550**

1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Artículo 551: Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que el atentado se cometa:

1.º Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.

autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, se crea esta cualificación, como si no fuera suficiente la apreciación del concurso de delitos, cuando el homicidio puede ser valorado también como atentado (concurso ideal).

En síntesis: el homicidio agravado puede clasificarse:

A) Por la clase de víctima (sujeto pasivo.) cuando la víctima sea menor de dieciséis años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. El concepto de discapacidad es un término normativo que hay que definir de acuerdo con lo que establece el art. 25 del Código penal³⁰.

B) Por su vinculación con otro hecho delictivo:

- Hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.
- Hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 [art. 138.2 b).

C) Por el sujeto activo:

- El homicidio se considera agravado cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (art. 138.2 a) por remisión al art. 140.1. 3ª).

4. El delito de asesinato en el Código penal español

El asesinato, crimen por excelencia, ha recibido tradicionalmente la sanción más grave de nuestro ordenamiento penal: ya sea la pena de muerte combinada con reclusión mayor (cuando estaban vigentes), la cadena perpetua, etc. Hasta el punto de haberse podido afirmar que si existe la figura de un homicidio cualificado denominado asesinato es para permitir la aplicación de tales penas máximas, cualitativamente distintas; y no a la inversa. En la reforma penal de 2015 esta idea de la importancia simbólica de la pena máxima y del principal delito castigado con ella se ve reforzada en dos sentidos. En primer lugar, se reintroduce una pseudo-cadena perpetua, remozada como prisión permanente, si bien revisable (en adelante, PPR), y como su principal ámbito de aplicación se configuran formas de asesinato agravadas por nuevas circunstancias distintas a las tradicionales circunstancias caracterizadoras (art. 140.1 CP). En segundo

2.º Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

3.º Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.

4.º Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario.

³⁰ **Artículo 25.**

A los efectos de este Código 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.

Asimismo, a los efectos de este Código, 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.

lugar, a una de esas modalidades agravadas se anuda la PPR exacerbada (art. 140.2), en el sentido de que prescribe los requisitos más rigurosos para su revisión de todo el Código penal (excepción hecha de los delitos de terrorismo o de delincuencia organizada, art. 78 bis.3) ¿En qué consiste este archicrimen?³¹

En la Exposición de Motivos (EM) de la reforma de 2015 dice reservarse la hiperagravación del art. 140.2 para los asesinatos "reiterados o cometidos en serie", lo que parece excluir la comisión de varios asesinatos en unidad de acción, como p. ej., con un medio de peligro común: mediante incendio, explosivo, naufragio... Ahora bien, la EM no es vinculante, al no formar parte de la ley positiva; su redacción precisa no tiene por qué reflejar con precisión el propósito del legislador y, en cambio, el equívoco tenor literal del art. 140.2 permite varias interpretaciones muy distintas. La lectura de la norma plantea además otros interrogantes acerca de su ámbito de aplicación: ¿El término "muerte", objeto de condena, abarca a homicidio y asesinato indistintamente, o sólo se refiere a delitos de asesinato? ¿Cuántas muertes se requieren como mínimo en total: tres o cuatro? Es decir, la PPR ¿se aplica al tercero o al cuarto: dos más uno, o al menos tres más uno? ¿La PPR supone una pena conjunta para todos los asesinatos que se juzgan, o para cada uno de ellos, o solo la correspondiente al último, que concurriría con las que llevan aparejados los crímenes previos? ¿Qué significa que hubiere sido condenado? ¿Cuántas muertes o asesinatos deben acumularse? ¿se trata de unidad de acción o de varios asesinatos próximos temporalmente (sentido que sí cuadraría con los asesinatos en serie a que alude la EM), e incluso si es posible aplicar la PPR del art. 140.2 retrospectivamente, tras un enjuiciamiento por separado, vía refundición de condenas.

Desde la reforma por Lo 1/2015 los artículos 139 y 140 CP recogen la nueva categorización del delito de asesinato. En este caso, cabe distinguir entre los siguientes tipos penales:

1) Tipo básico (artículo 139.1 CP)

Consiste en matar a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- Con alevosía.
- Por precio, recompensa o promesa.
- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Aumentar inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido.

³¹ **Artículo 140**

1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.ª** Que la víctima sea menor de dieciséis años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- 2.ª** Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- 3.ª** Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

- Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (novedad de la reforma de 2015).

La pena de prisión que se prevé es la de 15 a 25 años (antes de la reforma era de 15 a 20 años).

2). Tipo agravado de asesinato (art. 139.2 cp)

Cuando en un asesinato **concurran más de una de las circunstancias previstas anteriormente**. En este caso, la pena es la del tipo básico en su mitad superior (prisión de 20 años y 1 día a 25 años).

3) Tipos hiperagravados (art. 140 CP)

Son una novedad de la reforma de 2015 y en todos los casos suponen la imposición de la pena de prisión permanente revisable. Cabe distinguir los supuestos siguientes:

3.1) Cuando concurra alguna de las circunstancias del artículo 140.1 CP. Como ya se ha indicado anteriormente, son las siguientes:

- Que la víctima sea menor de dieciséis años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

3.2) Cuando se cause la muerte de más de dos personas (artículo 140.2 CP). El precepto dice, literalmente:

«[a]l reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable».

En este caso, la pena de prisión permanente revisable se aplica teniendo en cuenta *«lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo»*.

Desde la entrada en vigor de la reforma se han planteado numerosos problemas interpretativos (especialmente, en el ámbito del delito de asesinato), sobre los que ya se ha pronunciado la jurisprudencia. Sobre los mismos trataremos a continuación.

4.1 El problemático concepto de alevosía

Es conocida la distinción que la jurisprudencia realiza entre alevosía: i) proditoria o traicionera, ii) sorpresiva y iii) por desvalimiento. A estas categorías tradicionales cabe añadir el concepto de «alevosía doméstica».

En la alevosía por desvalimiento, el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva.

- Definida en el número 1 del art. 22. “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, **formas o modos** que tiendan directamente o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido”.
- Es una circunstancia objetiva, asegurarse la ejecución procurando la indefensión.

Consta de cuatro requisitos

- **Elemento normativo:** solo puede aplicarse a los delitos cometidos contra las personas (asesinato y lesiones dolosas del art. 147).

Elemento objetivo: empleo de medios, modos o formas en la ejecución tendentes a asegurarla eliminando cualquier defensa posible de la víctima.

Elemento subjetivo pues el agente ha de haber buscado intencionadamente (o al menos ha de haberse aprovechado conscientemente) eliminar toda resistencia del ofendido (debe conocerla: plantea problemas con el abuso de superioridad).

- **Elemento Teleológico** ha de comprobarse si en el caso concreto se produjo en realidad una situación de total indefensión o sorpresa.

NO HAY ALEVOSIA cuando la víctima sabe que el autor tiene previsto atacarla o advierte que es ello posible, en riña o pelea mutuamente aceptada.

Clases de Alevosía: La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha distinguido tres diferentes modalidades de alevosía:

- **Proditoria o aleve** que incluye la traición equiparable a la acechanza, insidia, emboscada o celada o lazo. Se trata de cualquier artificio para cometer el delito con seguridad y sin riesgo o para quitar la defensa al acometido. Cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima de modo que no pueda percibirse del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho. También se incluye en este supuesto desde la STS 16 de julio de 2013 el abuso de confianza o de una situación de confianza en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no temen, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada. (veneno o crear una situación de confianza).
- **Súbita o inopinada:** consiste en un ataque imprevisto, por sorpresa, fulgurante y repentino ejecutado contra quien está confiado en que tal ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir la acción a traición que tiende a suprimir la acción de defensa.
- La consistente en la modalidad de alevosía “**aprovechamiento de una situación de especial desvalimiento**” es decir por la especial situación en que se encuentra la víctima, ya por tratarse de persona especialmente indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego) ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anónima). Acontece en los casos de los niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas ebrias en fase letárgica o comatosa.

El principal problema de la alevosía por desvalimiento será aquellos supuestos en los que concurren los elementos del subtipo agravado del art. 140.1 «Que la víctima sea

menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental», en estos casos habrá que estar atento a la jurisprudencia que se pueda dictar tras LO 1/15, pues habrá que diferenciar la tradicional alevosía configuradora de asesinato del desvalimiento previsto en el art. 140 que es de aplicación para el homicidio. En principio podemos concluir que no habrá asesinato cuando la alevosía atienda al desvalimiento exclusivamente pues nos encontraríamos antes un homicidio agravado del art. 138.2 a.

4.2. La circunstancia de precio, recompensa o promesa

El precio, la recompensa o la promesa han de entenderse como *aquella ventaja que espera obtener el ejecutor por su acción*. En doctrina siempre se ha discutido si cabía cualquier ventaja o beneficio (dinero, prebendas, favores sexuales) o si era preciso limitarse a los que tuvieran significado económico. El precio, recompensa o promesa es una circunstancia agravante que exige para su apreciación que sea claramente el motor de la acción criminal, que la actividad delictiva, que esté motivada o influida por la percepción de un beneficio económico o algo que lo represente. Es indiferente que se obtenga o no, pero tiene que ser real, y la jurisprudencia exige que se fije con anterioridad a la ejecución del delito.

Respecto al término **precio** hace referencia a entregas de contenido económico (Dinero, joyas, inmuebles, etc.). Los términos “**Recompensa o promesa**” son más problemáticos porque su mismo significado literal admiten, por una parte, el pago diferido, pero también un posible contenido no económico o una prestación de cualquier otra clase, como puede ser la promesa de obtener un importante cargo público o un puesto laboral, un favor sexual o la oferta de un empleo.

Hay una posición restrictiva: según la cual se defiende el carácter económico del móvil, pues de lo contrario no habría ni el oferente ni en el que lo recibe un aumento de la gravedad de la conducta (respecto a la propia conducta de inducción a cometer un delito que es una forma de participación).

Una posición amplia en que defiende que el carácter económico del móvil no es el único posible de la agravante. Para esta posición los actuar por promesas de móviles honoríficos o profesionales (no directamente económicos, esto es no traducibles a una cantidad dineraria líquida) que podrían constituir motivos perfectamente equiparables a los económicos. De ahí que hay jurisprudencia que haya admitido tal posibilidad, al menos en lo que atañe a la recompensa o promesa y no hace distinciones. En su opinión el móvil es esencialmente el mismo, al margen de la naturaleza del estímulo.

En consecuencia, la letra de la ley parece que defiende una interpretación amplia, en el sentido que la recompensa o promesa no tiene que traducirse en una cantidad económica. No obstante, en mi opinión, las circunstancias agravantes deben ser interpretadas restrictivamente, y parece que debiera defenderse que toda recompensa o promesa, si bien no tiene que ser de orden económico, si debe construir una mejora, aunque indirecta o largo plazo de las condiciones económicas. El problema viene dado por los títulos honoríficos que, según alguna jurisprudencia, tienen cabida en la agravante.

Yo creo que hay que decidir caso por caso, Problema práctico: decidir cuando la promesa de un título honorífico es una agravante que transformaría el delito de homicidio en asesinato, o cuando sería el medio o modo de convencer a alguien a (inducir) a ejecutar un homicidio.

El fundamento histórico de la agravante fue castigar mas agravante a los sicarios y mercenarios...por eso no considero que el favor sexual pueda ser una recompensa. En consecuencia, a esta duda debe responderse, conforme a la interpretación histórica, ante todo, qué precio, recompensa y promesa han de considerarse referidos a *beneficio económico*. Otra interpretación daría lugar a una ilimitada amplitud de motivos, olvidando que, como algo normal en el espíritu humano, todos los actos, delictivos o no, tienen alguna motivación, y sería absurdo y grotesco agravar la pena de quien, por ejemplo, roba una joya para complacer a la persona amada que le impone esa condición.

La circunstancia agravante ha sido siempre explicada en razón a la *particular reprochabilidad y peligrosidad* que muestra quien es capaz de delinquir sin motivos propios, rancia tesis que puede ser cuestionada desde muchos puntos de vista, y basta seleccionar uno: no ofrece mayor peligrosidad que la de quien mata por motivos ideológicos o por capricho.

En cuanto a las personas alcanzadas por la agravante, tradicionalmente se ha sostenido que sólo pesa sobre quien recibe el dinero o la promesa, sin perjuicio de que la conducta de quien le paga sea calificable como *inducción* – que se castiga con la misma pena que el delito objeto de ella - si se cumplen las condiciones legales de ésta. La agravante no es aplicable al inductor, que utiliza como medio para mover voluntades el precio, puesto que se infringiría el principio «non bis in idem».

4.3. El problemático concepto de ensañamiento.

La cualificación del ensañamiento puede resultar compleja. El problema procede de que, al contrario que la alevosía o el precio o recompensa, que no supone un mayor desvalor — parece que son circunstancias modificativas de la pena—, toda vez que en el asesinato se protege al igual que en el homicidio la vida y no hay un plus de desvalor en matar de una forma o de otra porque es el mismo bien y no tiene gradación, en el caso del ensañamiento puede afirmarse que hay un mayor desvalor del injusto (acción/resultado), y por ende hay un mayor reproche toda vez que produce otros males (innecesarios y distintos para la ejecución del delito). De este modo, el ensañamiento requiere una acción:

- i) deliberada (reflexiva);
- ii) de carácter inhumano (por persona que no tiene o tiene muy poca capacidad de sentir afecto, comprensión y solidaridad hacia las demás personas, ni siquiera cuando sufren);
- iii) que aumente el sufrimiento (físico y psíquico); y
- iv) causando padecimientos innecesarios para la ejecución del delito —tiene que darse una relación causal espaciotemporal— a la víctima.

Lo que quiere decir esta relación “causal espacio-temporal” es que los padecimientos innecesarios deben encontrarse en relación causal con la víctima (no hay padecimientos innecesarios a un tercero que no sea la víctima: si nuestra madre padece porque está viendo cómo nos hacen objeto de ensañamiento, ella no es víctima de ese comportamiento, aunque se llene de dolor), y asimismo esa relación causal debe estar vinculada espaciotemporalmente, esto es, que los males innecesarios deben estar conectados con el delito y en el tiempo que se produzca. Por consiguiente, si se produce una desconexión espacio (acción delictiva) temporal (momento en que se ejecuta), no puede hablarse de ensañamiento.

En síntesis: es necesario que se aumente (deliberadamente) el sufrimiento de la víctima causando padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. En otras palabras, el autor

del crimen conseguiría su propósito sin necesidad de causar ese mal añadido a la víctima.

De aquí se sigue que si los padecimientos son necesarios para la comisión del delito no podrá considerarse ensañamiento (por ejemplo el asesino da varias puñaladas hasta conseguir la muerte: la pluralidad por sí sola no es suficiente para apreciar el ensañamiento), y tampoco lo habrá si el sufrimiento causado a la víctima no es deliberado (sería el caso de la víctima a quien se le aplica un veneno que le causa reacción con una medicación desconocida por el autor que le produce la muerte en medio de terribles dolores), o la acción inhumana es fruto de una reacción no reflexiva, es decir, el criminal ha actuado realmente sin pensar.

Y finalmente tampoco es de aplicación cuando el propósito de aumentar el sufrimiento se produce una vez alcanzada la muerte, porque en ese caso no se aumenta el sufrimiento, porque la persona muerta ya no sufre. Los actos de ensañamiento en el cadáver o acciones sádicas “potsmorten” no integran la agravante, Por esto mismo la desmembración o el canibalismo carecen de trascendencia jurídico penal. Por el contrario, los casos de humillación y vejación de la víctima y la causación de dolor moral (beber orina, simular un fusilamiento, etc.) entran dentro del concepto de ensañamiento.

Sin embargo, la muerte agónica admite el ensañamiento (la víctima aún es capaz de percibir el dolor innecesario), no así la muerte de un sujeto inconsciente, lo que es reconducible a una calificación legal de trato degradante.

Los Tribunales han descrito el ensañamiento del siguiente modo:

i) La idea esencial radica en **la perversidad** del sujeto activo, o en su índole malvada, pues el sujeto activo encuentra singular goce en prolongar deliberada e inhumanamente los sufrimientos del ofendido, martirizándole, atormentándole innecesariamente antes de matarle

ii) Entraña un «**plus**» de **culpabilidad**, porque revela una mayor perversidad en el agente, provocando una más acentuada repulsa de la Ley, ante los copiosos males infligidos, en quienes conocen el innecesario lujo de males desplegados en la comisión, lo cual se traduce en una dimensión objetiva o aumento de la ofensa, por una mayor causación del daño e intensificación de los riesgos para la víctima.

iii) Es **compatible con la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio**, porque cabe establecer una diferenciación entre las circunstancias subjetivas que afectan a la psiquis del agente, y las objetivas, que convergen en la materialidad del acto cometido, admitiendo que unas y otras pueden confluir sin repelerse. En otras palabras, un criminal con la psique alterada puede ser reo también de ensañamiento.

iv) La aplicación de esta circunstancia no depende de la diversidad de heridas, golpes, o malos tratos infligidos, ni de la diversidad de medios empleados para la ejecución, sino que lo que realmente caracteriza el ensañamiento es el **deleite morboso** que se obtiene prolongando los sufrimientos de la víctima, complaciéndose el autor en martirizarla y atormentarla, innecesariamente, en el camino de la muerte que ha de llegar.

v) El que la mayor parte de la doctrina científica niegue la posibilidad de aplicar el ensañamiento en los supuestos de crímenes sádicos —puesto que al criminal no le complace el sufrimiento ajeno sino en tanto en cuanto ello le facilita un placer o goce propio—, es altamente cuestionable. Precisamente, el síndrome del sadismo si aumenta el sufrimiento de su víctima deliberadamente, aunque sea para conseguir un placer propio, es indudable que

entraña ensañamiento, porque aumenta, a sabiendas, el dolor de aquélla, aunque conjuntamente ello lo verifique para obtener un goce³². Los motivos por los que se aumenta deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima son irrelevantes, de modo que el goce no excluye el ensañamiento, sino que al contrario lo refuerza

A propósito de esta jurisprudencia, cabe efectuar algunas consideraciones.

En primer lugar, se atribuye al ensañamiento una índole malvada, definida ésta como perversidad por gratuita o superflua, con el consiguiente goce del autor, martirizando y atormentando innecesariamente a la víctima. Esta perversidad viene reforzada por el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, esto es, por quien carece de empatía o solidaridad con el otro, por quien lo niega o no lo reconoce como tal (es decir, lo cosifica).

Ya desde antiguo se decía que en todo ensañamiento hay lujo de males y a males de lujo. Se aludía a la multiplicidad de males causados (más allá de los propios del delito causado - lujo de males-) y a males innecesarios para ejecutarlo (males de lujo). Esta constelación expresaba una perversidad del sujeto y de la acción, pero aquí perversidad está despojada de cualquier contenido jurídico ante el riesgo de que se confunda con una patología o se corra el riesgo de castigar por una forma de ser del sujeto. Por este motivo resulta más apropiada la utilización del concepto “crueldad” sustituyendo al de ensañamiento, que cuando se trata de seres humanos se caracteriza por un obrar inhumano (falta de humanidad, indiferencia por el otro, no reconocimiento de la persona o cosificación del semejante).

De otra parte, esa maldad está relacionada con la actitud del sujeto (deliberada) y el medio, modo o mecanismo de ejecución (que es inhumano). El primero alude aspectos subjetivos, y el segundo (ya analizado) a objetivos.

Aunque pudiera interpretarse que son dos entidades diferenciadas: lo subjetivo como expresión del deseo del sujeto de causar un dolor innecesario en la víctima, y lo objetivo como el uso de medios idóneos para alcanzar ese fin, en realidad, se encuentren íntimamente unidos, ya que uno y otro expresan la maldad. De este modo, la perversidad no será solo expresión de los medios empleados, sino también de la exigencia de la previa deliberación. **Por eso en la práctica forense es problemático** diferenciar la situación de ensañamiento, calificadora del delito de asesinato, con los casos de arrebató, obcecación u otro estado pasional derivado de la situación (**Ira homicida**).

Lo único que puede ser incompatible con el ensañamiento es la situación de explosión de un acceso de violencia incontenible para el agresor, pues el ensañamiento penalmente relevante es el «frío, refinado y reflexivo»

Ahora bien, no debe entenderse que solo el empleo de medios inhumanos de carácter frío y planificado autorizan el ensañamiento; por el contrario, la deliberación puede darse en el curso de la ejecución del crimen, en un suceder continuo, pero debe haber una pausa en la dinámica temporal, en la que el sujeto adopte la decisión deliberada de ejecutar el crimen para aumentar innecesariamente el dolor o sufrimiento de la víctima. En otras palabras: el asesino puede decidir ensañarse sobre la víctima “sobre la marcha”, una vez ya ha iniciado

³²Se había planteado que en los crímenes sádicos no era de aplicación el ensañamiento por dos motivos: porque, de una parte, el sujeto no realiza su acción para aumentar el dolor o sufrimiento de la víctima sino para el propio gozo o deleite; y de otra, porque no se trataría de males innecesarios porque estarían orientadas a obtener ese deleite. La exclusión de los crímenes sádicos también se cuestionaba también porque si lo perseguido era el goce propio y no el de la víctima, en ese caso los males no eran innecesarios, sino que eran un cortejo necesario para causar la muerte.

la agresión.

Los males de lujo son aquellos que son gratuitos o superfluos para ejecutar el delito.

Si bien la pluralidad de medios no es suficiente para admitir el ensañamiento, inicialmente se estimaba que cuando el autor tenía medios alternativos a los empleados para cometer el delito y decidía utilizar los más gravosos aumentando el sufrimiento, estábamos ante la figura del ensañamiento. Esta idea inicial resulta insegura porque la necesidad depende de lo que persiga el autor: torturar a quien es el único que sabe dónde se encuentra una persona a la que se quiere matar, resultaría necesario y sin medios alternativos, pero no sería ensañamiento. Para evitar el escollo, el criterio aplicable debe hundir sus raíces en criterios objetivos, esto es, en la determinación de si los sufrimientos infligidos desbordan según un espectador objetivo la aplicación suficiente de medios (males) para ejecutar el delito. En el caso del ensañamiento recreativo, conforme a esta tesis, no solo cabe concluir en sentido positivo, sino que lo eleva a la categoría de ensañamiento puro.

4.4. Muerte que se comete para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra

Pero la Reforma de 2015 ha añadido una nueva causa determinante de la apreciación del asesinato: que se haya cometido *para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*. Es claro que ese hecho no puede ser sometido a la valoración tradicional de aumento de la antijuricidad o la culpabilidad, pero ese no es el mayor problema ni su mayor defecto. En esa fórmula conviven claramente dos situaciones posibles: que se haya dado muerte a una persona para facilitar la comisión de otro delito o que se haya hecho eso para evitar el descubrimiento de un delito. Es patente que el legislador decide cualificar el homicidio en nombre de las “intenciones” que empujan al autor del mismo, olvidando que es peligroso entrar en el terreno de las motivaciones y querer diferenciar entre motivos reprochables y no reprochables, pues, además de la dificultad de la diferenciación, en nada afectan a lo injusto o a la culpabilidad.

En cuanto al fin de facilitar la comisión de un delito lo primero que cabe plantear es quién ha de ser el que vaya a cometer ese otro delito, pues por la dicción legal tanto cabe que se trate del mismo autor de la muerte o de una tercera persona, aunque lo más lógico, ya que se inspira en motivaciones personales, es que se trate solo del propio autor, y lo mismo se puede decir en la otra hipótesis (causación de una muerte para evitar que se descubra la comisión de otro delito) que también habrá que limitar a los delitos cometidos por el propio autor del homicidio.

El fin de cometer un delito, por demás, no exige que ni siquiera se haya iniciado su preparación o ejecución, bastando que esté tan solo en la mente del autor, lo cual hace *aún más absurda* la cualificación del homicidio en asesinato.

En cuanto al objetivo de evitar el descubrimiento de otro delito -o de las personas responsables del mismo- da igual que se trate de delitos perseguibles o prescritos, primera incongruencia, por más que se pueda suponer que el legislador contemplaba la hipótesis de que después de la comisión de un delito, su autor da muerte a otro con la finalidad de evitar que se descubra el hecho. Pero esa acción, por más que sea un modo de intentar eludir la acción de la Justicia no puede justificar la creación de una modalidad de asesinato, despreciando además un hecho evidente: que tanto el hecho precedente (si no está prescrito) como el homicidio habrán de ser castigados.

No estamos ante un delito complejo - un delito de homicidio y otro delito en conexión- como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Esta modalidad de asesinato entra en concurso de delitos, no de normas del art. 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). El delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato. Han de ser penados con independencia del mismo abrazados por la correspondiente figura concursal.

Quien mata para robar incurre en delito de asesinato, pero de no probarse la finalidad de robo, nos hallaríamos ante un homicidio.

El legislador ha querido agravar el homicidio cometido con la finalidad de ocultar un delito, convirtiéndolo en asesinato (arts. 139.1.4 CP). Al propio tiempo, ha considerado que, entre todos los delitos susceptibles de comisión, si se trata de un delito contra la libertad sexual perpetrado contra la misma víctima, el asesinato se convierte en un tipo hiperagravado castigado con la pena de prisión permanente revisable (art. 140.1.2 CP).

5. Los asesinatos cualificados del art. 140 CP

La mayor novedad de la Reforma de 2015 en relación con el asesinato ha sido seguramente la creación de asesinatos “cualificados”. Siendo el asesinato el delito más grave contra la vida, parecía imposible encontrar razones que lo sobre-agravarán. Pero se daba una circunstancia importante para el legislador: la necesidad de establecer una relación de hechos que pudieran ser castigados con la nueva pena de *prisión permanente* revisable, que, por lo mismo, debieran de incorporar un plus de gravedad respecto al asesinato básico. Tales circunstancias se enumeran en el artículo 140 CP.

Ahora bien, ese razonamiento, discutible por múltiples motivos, se desdibuja cuando se comprueba que las cualificaciones establecidas en el art.140 rigen *tanto para el asesinato como para el homicidio*. Resulta así que lo “gravísimo” puede ser insuficiente para transformar el homicidio en asesinato, pero suficiente para llevar a la pena de prisión permanente. Por otra parte, al aumentarse la pena del homicidio hasta la superior en grado (de 15 a 22,5 años) podrá darse el contradictorio caso de que un homicidio pueda ser más gravemente castigado que un asesinato, pues éste último, si así lo decide el Tribunal, puede ser castigado con 15 años de prisión.

Las cualificaciones del asesinato (y del homicidio) son las siguientes:

5.1. Cuando la víctima es un menor de 16 años o persona especialmente vulnerable

Se trata de cuestiones diferentes, aunque se las valore como similares. La agresión a personas vulnerables ya podía dar lugar a la agravante de abuso de superioridad, e incluso algunos han sostenido que permite apreciar la alevosía (lo cual no es cierto). En cuanto a la edad de la víctima, además del absurdo de equiparar a un recién nacido con un joven de 16 años, parece que la edad de 16 años haya sido inspirada – sin motivo ni razón – por la edad establecida para la validez del consentimiento en materia sexual (art.181.1 CP), sin reparar, además, en que las agresiones sexuales se cualifican cuando se cometen sobre víctima menor de cuatro años (art.181-4 c) CP). En resumen, la valoración conjunta apunta a la

arbitrariedad en la fijación de edades antes que a un criterio coherente. Esta modalidad de asesinato, recogida en el artículo 140.1. 1ª CP y castigada con la pena de prisión permanente revisable, ha generado una intensa polémica en cuanto a la posible vulneración del principio de *non bis in idem*.

El problema que se plantea es la compatibilidad entre el asesinato cualificado por la alevosía (por prevalimiento) del art. 139.1. 1ª CP y el asesinato hiperagravado por la vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad del art. 140.1. 1ª CP.

Una primera posibilidad interpretativa es considerar que no cabe apreciar la modalidad hiperagravada por ser contraria al *non bis in idem*: se valora dos veces la indefensión de la víctima, primero para apreciar el asesinato (tipo básico) y luego para apreciar la especial vulnerabilidad (tipo hiperagravado). La solución es aplicar el asesinato con alevosía, que conlleva pena de prisión.

La segunda opción es entender que los dos tipos penales son distintos y cada uno tiene su propio ámbito de aplicación, de manera que la modalidad hiperagravada no vulnera el *non bis in idem*.

EJEMPLO DE SENTENCIAS (SOLO LEER)

La Sala de lo Penal del TS ha dictado varias resoluciones al respecto y ha optado, en sus resoluciones más recientes, por la segunda solución **STS 520/2018, de 31 de octubre** : muerte de una anciana de 88 años, cuando se encontraba sentada en una mecedora del salón de la vivienda esperando que el acusado le llevara el desayuno, y este con el propósito de acabar con su vida, cogió un cable eléctrico de una lámpara, rodeándole el cuello y apretando fuertemente, hasta que vio que había perdido la vida como consecuencia de su acción. La víctima se encontraba deteriorada por la edad y las dolencias propias de la misma, circunstancias que fueron aprovechadas por el acusado para quitarle la vida sin posibilidad de defenderse. Se condena en la instancia al acusado como autor de un delito de asesinato, a la pena de veinte años de prisión. En el supuesto no se aplicó la prisión permanente revisable. La Sala de lo Penal considera que el asesinato cualificado por alevosía (art. 139.1º. 1º) y vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1. 1º) son compatibles si la alevosía se basa en circunstancias no vinculadas a la condición más vulnerable de la víctima.

STS 700/2018, de 9 de enero de 2019

En el hecho probado se indica que el acusado accedió al domicilio de un matrimonio y su hijo, de 3 años, y con la intención de acabar con la vida de ellos vertió un líquido sobre la comida que había preparada para la familia. Dicho líquido, pericialmente analizado, resultó que contenía un insecticida, que puede producir la muerte de una persona. Posteriormente repitió esta acción varias veces, añadiendo sustancias que contenía raticida.

La condena se impone por tres delitos de asesinato en grado de tentativa, uno de ellos

aplicando la circunstancia de menor edad de la víctima.

La Sala de lo Penal indica que la aplicación del tipo hiperagravado previsto en el art. 140.1. 1ª del Código Penal respecto a la víctima menor de edad no constituye vulneración del principio *non bis in idem*, ya que la edad del menor no había sido tomada en consideración para calificar como alevosa la conducta del acusado.

“Además, el acusado utilizó sustancias venenosas aptas para causar la muerte de sus víctimas, actuando a distancia, aprovechando su ausencia para entrar en la vivienda y verter las sustancias en las comidas preparadas para su ingestión. De esta forma excluía todo riesgo para su persona, a la vez que anulaba cualquier posibilidad de defensa por parte de las víctimas, y garantizaba su anonimato. Concurren por tanto las notas de letalidad, insidia, cobardía, imposibilidad de defensa frente a un peligro oculto y fácil logro de la impunidad, caracterizadoras de la alevosía.

En este caso, la aplicación del tipo hiperagravado previsto en el art. 140.1.1ª del Código Penal respecto al hijo menor del matrimonio no constituye vulneración del principio "non bis in idem", ya que la edad del menor no ha sido tomada en consideración para calificar como alevosa la conducta del acusado. Las mismas circunstancias apreciadas para calificar alevosa la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo.

STS 716/2018, de 16 de enero de 2019

El acusado acudió a casa de la persona fallecida y, de forma sorpresiva e inesperada, se abalanzó sobre ella portando un cuchillo y empujándola hasta el final del pasillo, lo que provocó que cayera al suelo y quedara tumbada boca arriba, donde le asestó más de 30 puñaladas y golpes con diversos objetos hasta causarle la muerte por la grave pérdida de sangre. La víctima padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus isquémico y que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta y torpe, circunstancia que el acusado conocía.

Se condena en la instancia al acusado como autor de un delito de asesinato con alevosía, ensañamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad o discapacidad de los artículos 139.1 1ª y 3ª y 2 y 140.1.1ª del Código Penal y se impone la pena de prisión permanente revisable.

La Sala de lo Penal estima el recurso de casación y revoca la prisión permanente revisable. Señala que la situación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad integraba de modo inescindible, junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía. Por tanto, no es posible estimar la hiperagravación del art. 140.1.1ª CP, so pena de incurrir en una doble valoración.

IMPORTANTE

Únicamente cabrá la apreciación del subtipo en el que la víctima sea alguna de las personas protegidas y al mismo tiempo el hecho se haya cometido por alevosía proditoria, inopinada, precio, ensañamiento o para cometer otro delito o encubrir el ya cometido, en estos casos sí que cabrá hablar del subtipo agravado.

De tal modo que cuando la víctima sea una persona de las indicadas si tal circunstancia no

ha sido buscada y aprovechada por el autor el delito será de homicidio agravado, si se busca y aprovecha por el autor será asesinato del tipo básico y si concurriera otro de los supuestos de asesinato y la víctima, buscado o no, fuera de las especialmente protegidas será asesinato agravado.

El dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor, decida actuar contra la vida de la persona vulnerable.

La literalidad de esta circunstancia hipercualificante, aparenta atender principalmente a la especial protección de estas personas menores o vulnerables, más que al mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, al no mencionar a las personas accidentalmente privadas de aptitud para defenderse (dormidas, drogadas o ebria en la fase letárgica). No obstante, el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor, ¡decida actuar contra la vida de la persona vulnerable; donde es difícilmente escindible, el mero conocimiento de su vulnerabilidad, del aprovechamiento de ese conocimiento en la acción homicida.

STS 367/2019, de 18 de julio

En este caso, el acusado acude a casa de una mujer y la golpea y arrastra hasta la zona de un balcón mirador, allí la levantó del suelo y la empujó contra el balcón e intentó tirarla por la ventana, sin llegar a conseguirlo. *Inmediatamente, cogió un trozo de cristal y se lo clavó en el lado izquierdo del cuello. En esa situación, la hija menor de la mujer, de diecisiete meses de edad, se acercó hasta donde estaba su madre, y el acusado, con intención de matarla, de manera sorpresiva y sin que ésta pudiera evitarlo, la cogió y lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto. Como consecuencia del impacto contra el suelo la menor fallece.* Se le condena por un delito de asesinato, previsto y penado en los artículos 139.1.1ª y 140.1.1ª CP, a la pena de prisión permanente revisable. La Sala de lo Penal confirma la imposición de la pena de prisión permanente revisable impuesta por el órgano *a quo*. Se entiende que el supuesto enjuiciado es distinto del examinado en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019 (que revocó tal pena), principalmente porque allí se trataba de una víctima adulta cuyo desvalimiento se predica de sus condiciones físicas de reacción, y en este caso, se trata de un bebé de 17 meses de edad.

En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual "de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto"(hechos probados). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción.

En efecto, como ha razonado el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, y no ha combatido la defensa, el ataque fue sorpresivo. El acusado no anunció su propósito (como sí lo hizo respecto a A.), no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción inesperada (golpes sobre la menor, o persecución de la misma, etc.) ; sin más, en medio de la agresión en varias fases que sufrió la madre, el bebé se puso al alcance de D. y éste la defenestró en un gesto súbito, inesperado e imprevisto. Por tanto, concurre, además, la denominada alevosía sorpresiva. Así se deduce de los hechos que los jurados han declarado probados.

Ni la madre pudo hacer nada por defender a su hija, ni la niña pudo salir corriendo ante el ataque tan inesperado del agresor.

STS 129/2020, de 5 de mayo

En este caso, se declara probado que el acusado acabó con la vida de su tío y la esposa de éste (utilizando, en ambos casos, armas blancas de manera sorpresiva) y con la vida de los dos hijos del matrimonio de corta edad (uno de ellos, 3 años y 10 meses; y, el otro, 18 meses).

El acusado fue condenado por el Tribunal del Jurado como autor de: i) un delito de asesinato con alevosía; ii) dos delitos de asesinato con ensañamiento y víctima especialmente vulnerable en atención a su edad, imponiendo la pena de prisión permanente revisable por cada uno de ellos; y iii) un delito de asesinato con alevosía en relación con el art. 140.2 del CP, imponiendo otra pena de prisión permanente revisable.

El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de apelación del condenado, en lo que se refería a los delitos de asesinato con ensañamiento y víctima especialmente vulnerable, absolviéndole de dichos delitos y condenándole por dos delitos de asesinato con alevosía.

5.2. Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual

Esta modalidad se recoge en el artículo 140.1.2ª CP y supone la imposición de la pena de prisión permanente revisable.

La **STS 418/2020, de 21 de julio**, interpreta esta modalidad de asesinato. Tras interpretar la nueva circunstancia del art. 139.1.4ª del CP, se centra en la modalidad hiperagravada relacionada con la comisión de un delito contra la libertad sexual.

El legislador ha querido —también ahora con deficiente técnica y bordeando los límites impuestos por la proscripción del bis in idem— que el delito de asesinato cometido con vocación de impunidad, cuando es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sea castigado con la máxima pena prevista en el Código Penal. Ha asociado la pena de prisión permanente revisable a la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida. De todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal sea la más severa.

5.3. Cuando el autor pertenece a una organización criminal

Sorprende la irrupción de otro criterio propio del derecho penal de autor, como es la pertenencia a organización criminal, que olvida que ese hecho (la pertenencia) ya puede ser castigado por sí mismo. La posible consecuencia puede ser que la “especialidad” de la transformación del homicidio en asesinato por ese motivo excluya la apreciación adicional del delito de pertenencia a organización criminal. El tiempo dirá cuál es el criterio de los Tribunales.

5.4. Muerte de más de dos personas del art. 140.2 CP

El artículo 140.2 CP establece que al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable.

En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo (si bien hay un error en la remisión al art. 78 bis CP: parece que lo correcto es remitirse a la letra c) del art. 78 bis.1 CP (la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento de un mínimo de veintidós años de prisión).

Sobre esta modalidad se pronuncia la **STS 129/2020, de 5 de mayo** (Vid. Crimen de Pioz en plataforma) y descarta que se trate de un tipo específico que subsuma la penalidad de los delitos cometidos previamente. No cabe interpretar el precepto en el sentido de que la muerte de tres o más personas sea castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP.

5.5. La libertad vigilada

Desde la reforma de 2015 el art.140 bis establece que a los condenados por la *comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título* se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

6. La agravante genérica por discriminación de género y el delito de feminicidio

La reforma del Código Penal de 2015 ha introducido un nuevo motivo de discriminación en la circunstancia agravante genérica en el art. 24.4 del CP donde se añade entre los motivos de discriminación que agravan la conducta (y permiten elevar la pena) el hecho de actuar delictivamente por razones de género. Es una cláusula general que permite extender la tutela penal a todas las mujeres frente a los ataques machistas de los hombres y no solo de aquellos que provienen de los que tuvieron o hubieron tenido una relación sentimental con ellas. Se trata de una circunstancia agravante que si bien no podrá aplicarse a los delitos que de por si agravan la pena por el móvil discriminatorio, pues ya contemplan en su descripción la variable violencia de género como motivo de agravación (lesiones, coacciones y amenazas leves) si puede aplicarse al resto de los delitos en que la discriminación no forma parte de los elementos que describen la conducta castigada: homicidio, asesinato, abusos sexuales y agresión sexual, acoso sexual, detenciones ilegales o coacciones y amenazas graves, etc.

También al añadir el género entre los motivos de discriminación, lleva a calificar y agravar los casos de discriminación no solo por razones de sexo-género binómico, sino también los que no resulten clasificables dentro de esa lógica binómica del sexo, como trabajadores sexuales, drag queens y otras disidencias. Con su presencia en el CP se colma de este modo una laguna relativa a aquellos delitos susceptibles de comisión en un contexto y por motivaciones de género y en los que sin embargo esta circunstancia no ha sido prevista en el tipo delictivo (asesinato, homicidio, detención ilegal, agresión sexual, mutilación genital femenina, sexting, matrimonio forzosos, etc.).

Esta línea de agravación ha quedado abierta por la SAP de Oviedo 18/2017 de 20 de enero de 2017 que ha condenado por asesinato con alevosía con las agravantes de discriminación por desprecio de género y parentesco (art. 23 CP) a un hombre que mató a su mujer con la que tenía establecida una relación sentimental, en vida la arruino económicamente, la aisló de su familia y amistades manteniéndolo aislada y sometida y ejerciendo un control absoluto sobre la misma en todos los aspectos de su vida, tanto afectiva como familiar, imponiéndole su criterio en lo referente a las relaciones sociales y cuestiones económicas anulando su capacidad de gestión”. Puede decirse que es la primera sentencia en la que por vía judicial se

ha referido al feminicidio **aunque** no exista este delito con ese nombre específico en el CP español.

7. Asesinos en masa (múltiples): Tipos y subclasificaciones

La primera ocasión en la que se utilizó el término referido a los criminales en masa tuvo lugar a mediados de 1960, cuando Bruch relató los hechos cometidos años antes por Ernst Wagner, quien ante una situación de estrés y la posterior reacción psicótica, asesinó a su mujer y a sus cuatro hijos, atacando posteriormente a personas que paseaban por la calle, muriendo nueve de ellas, sumando un total de catorce víctimas.

Es aquel caracterizado por la comisión de una sola acción, en un mismo lugar, con cuatro o más víctimas. Puede utilizar indistintamente arma blanca o de fuego, y sus víctimas suelen ser bien su propio grupo familiar o desconocidos en encuentros casuales. Sus crímenes suelen ser producto de un trastorno mental de tipo orgánico (psicosis en fase depresiva, trastorno mental transitorio o actos “en cortocircuito”) con un generalmente largo período de latencia, y llevados a cabo bien en el ámbito familiar (siendo entonces sus víctimas sus propios familiares) o sobre desconocidos que se encuentran en su camino y por cuya identidad no se interesa, personas que se encuentran en el lugar equivocado y a la hora equivocada, en el momento de explosión de violencia homicida. Si es del tipo doméstico, generalmente se suicidará o se entregará voluntariamente a la policía tras cometer el crimen. Si no lo es, tenderá a una huida hacia adelante que no cesará hasta que sea detenido o abatido.

Como regla general, estos individuos suelen presentar un historial de frustraciones personales y/o profesionales, externalizando dicho fracaso sobre un determinado núcleo poblacional o sobre el conjunto de la sociedad, dependiendo de los individuos que ellos consideran que les han perjudicado (Kennedy-Kollar y Charles, 20103). Así, los estudios demuestran que suelen ser sujetos que presentan una clara limitación a la hora de confiar en las personas que los rodean (Knoll y Meloy, 2014).

Finalmente, haciendo hincapié en el sexo de estos criminales, la gran mayoría de las personas que se convierten en asesinos en masa son varones. Este acontecimiento no quiere decir que no existan mujeres que cometen este tipo de actos, sino que el porcentaje es mucho más reducido que el de hombres. Katsavdakis, Meloy y White (2011) afirman que las mujeres que cometen estas acciones criminales deberían ser llamadas “cisnes negros”, denominación que tiene su punto de partida en el escaso número de eventos de este estilo producido por las mismas.

No obstante Garrido Genovés (2014, p. 179), crítica al término socialmente utilizado (Asesino masa” porque considera la expresión “masa” un error identificativo a la hora de proceder a la traducción de dicho término anglosajón (Garrido Genovés et al., 2013).y prefiere a referirse a a tales individuos empleando la expresión “asesinos múltiples en un solo acto”.³³

Sin embargo, otros autores consideran que este termino puede dar lugar a error porque existe la posibilidad de que la terminología “en un solo acto” genere un error en su interpretación, ya que de ella se podría extraer que dicho término abarcaría simplemente a aquellos

³³ GARRIDO GENOVÉS G. (2014): Perfiles criminales. Un recorrido por el lado oscuro del ser humano. Editorial Ariel. Barcelona.

criminales que matan a un número indeterminado de sujetos en una acción (por ejemplo, con una bomba). Aunque el término empleado por Garrido Genovés está claro que quiere designar aquellos hechos delictivos que se cometen en un único espacio temporal, con independencia del número de acciones realizadas por estos asesinos para lograr la finalidad buscada; es decir, llevar a cabo la comisión de varias acciones en un único episodio criminal.

También es variable la opinión a efectos de definición para identificar tal término, Dietz (1986) estipula que, para ser considerado como tal, los delincuentes deben haber llevado a cabo cinco o más asesinatos. Por contra, otros autores consideran que matando a cuatro personas sería suficiente para poder ser encuadrado dentro de esta tipología delictiva (Bourgoin, 1993, pp. 11 y 12; Chaiken et al., 1994; Fox y L vin, 1998; Delisi y Scherer, 2006; Burgess, 2013, p. 438).

Como se puede apreciar, existe una gran discrepancia a la hora de cualificar el requisito numérico idóneo para tipificar a un individuo dentro de esta categoría delictiva.

Desde el punto de vista de Pintado de Alcázar, la definición de los asesinos en masa debería hacer referencia a “aquel individuo que, actuando solo o acompañado, en un solo acontecimiento o en una diversidad de acciones delictivas, con independencia de la localización geográfica, provoca un número indeterminado de víctimas, sin que transcurra entre sus actos un período de enfriamiento”³⁴ excluyendo así la obligatoriedad de establecer una cifra mínima de víctimas y centrando los esfuerzos en extrapolar la magnitud de las acciones cometidas. Con esta definición intenta exponer que la característica fundamental de estos individuos se identifica con la acción criminal propiamente dicha, obviando el número de víctimas totales, ya que no llevan un control previo de las personas a las que quieren ejecutar. Un claro ejemplo de dicha afirmación se puede apreciar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 379/2013, de 26 de julio [ARP\2013\1117], donde se observa como *Miguel Armando* habría matado a todas aquellas que se le hubieran cruzado en su camino.

Junto a lo anterior, existen subcategorías específicas de asesinos en masa que reciben denominaciones concretas según sea el ámbito de actuación. En este sentido:

a. Genocidio: en referencia a este tipo de crímenes, cabe destacar que se pueden identificar como tales a aquellos individuos que actúan contra un elevado grupo de personas como consecuencia de su color de piel, su nacionalidad o sus creencias. En este mismo sentido, se afirma que, además del asesinato, existen otra serie de acciones que envuelven al genocidio, tal secuestro masivo, la tortura y otro tipo de abusos.

El Código Penal español castiga entre los delitos de lesa humanidad (Capítulo II bis del Título XXIV) en el art. 607 bis el delito de genocidio cuando se comete un ataque generalizado y sistemático, contra la población civil o parte de ella por razón de pertenencia de la víctima a un grupo colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos culturales, religioso de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables en el derecho internacional (Estatuto de Roma). Las acciones, que el contexto de ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, configuran el delito de lesa humanidad están descritas en el art. 607 bis 2 y abarcan la perpetración de muertes, lesiones, agresiones sexuales, deportaciones, traslados

³⁴ PINTADO DE ALCÁZAR, A.: Asesinos en masa y asesinos múltiples en un solo acto Revista Electrónica de Criminología REC 02-02 (2019).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7815143>

forzoso pe personas, embarazo forzoso, desaparición forzosa, detenciones ilegales, torturas, prostitución forzosa y esclavitud³⁵.

b. School Killers: dentro de esta tipología estarían encuadrados aquellos individuos que cometen sus acciones dentro de un escenario académico, ya sea un colegio, un instituto o una universidad, no cometiendo ningún acto fuera de dichos centros académicos. A pesar de presentar ciertas características que los asemejan con los asesinos en masa, la particularidad de sus acciones provoca que se configure una categoría específica para ellos.

En consecuencia, se establecen una serie de pautas identificativas que se reflejan exclusivamente en el comportamiento de estos criminales.

- Sus acciones suelen estar planificadas.
- Suelen comunicar previamente los actos que van a cometer.
- No se caracterizan por haber amenazado con anterioridad a sus víctimas.
- Debido a su diversidad de actuación, no existe un perfil concreto que identifique a estos individuos.
- Antes de cometer los crímenes, suelen haber solicitado ayuda psicológica.
- No presentan capacidad para hacer frente a los fracasos personales. Estos sujetos pueden presentar un historial de intentos de suicidio.
- Muchos de los atacantes fueron maltratados por sus compañeros de clase antes de cometer los crímenes.
- Estos sujetos suelen tener un acceso previo a las armas de fuego.
- En determinadas ocasiones, existe la colaboración de otros estudiantes, los cuales no llegan a ser autores directos de la acción.
- La mayoría de los incidentes concluyeron con el suicidio del sujeto.

c. Terrorismo: no es fácil consensuar una definición propia que los actos de terrorismo. No obstante, a pesar de lo mencionado, se pueden extraer una serie de ideas trascendentales que sirven para diferenciar a estos de los asesinos en masa o múltiples.

- El terrorismo englobaría todas aquellas acciones que tienen su fundamentación en un contexto político, religioso o ideológico (vid. Lección 3).
- El fin perseguido por estos individuos se centra en la consecución de una serie de objetivos específicos, dejando de lado las fantasías criminales predominantes en los asesinos múltiples.
- Otra de las diferencias esenciales radica en el hecho de que tradicionalmente terroristas están representados de forma jerárquica y suelen actuar integrados en banda armada (actualmente no necesariamente ya que encontramos el terrorista individual o lobo solitario), cometiendo tales actos mediante las órdenes directas de un supuesto ser superior por el contrario los asesinos en masa se suelen mover de forma individual, sin necesidad de presentar una estructura jerarquizada.
- Los terroristas amenazan con anterioridad a sus posibles víctimas, creando una alarma social de gran envergadura. El terrorismo busca ante todo sembrar pánico e inseguridad en la población”. Por el contrario, los asesinos en masa no suelen llevar a cabo estas acciones, y *prefieren pasar desapercibidos*.

³⁵ La esterilización forzada como genocidio <https://www.anthropologies.es/esterilizaciones-forzadas-en-peru-la-mujer-como-instrumento/>

También se habla en ocasiones del **Asesino itinerante**: Es definido como aquel que comete un número variable de asesinatos en lugares diferentes en un breve lapso de tiempo, derivados todos ellos de una misma acción y, en consecuencia, sin período de enfriamiento emocional entre ellos. El perfil típico de estos homicidas se corresponde con el de psicóticos que llevados por sus delirios (de grandeza o persecución generalmente) salen a la calle provistos de armas de fuego de alta potencia e incluso todo un equipamiento bélico sembrando la muerte en su recorrido hasta que se suicidan si se ven acorralados, o son abatidos por los disparos de la policía. Raramente llegan a ser detenidos con vida. Sus víctimas suelen ser puramente casuales y desconocidas, aunque no es infrecuente que la ruta asesina comience en el propio lugar de trabajo o residencia del asesino, siendo sus primeras víctimas compañeros de trabajo o antiguos jefes.

7. 1 Asesino en serie

Para su consideración como tal se establecen como requisitos básicos la comisión de al menos tres asesinatos, llevados a cabo en lugares y momentos diferentes. Ha de existir, por tanto, un período de enfriamiento emocional entre ellos.

El *período de enfriamiento emocional* es definido como el lapso de tiempo entre cada crimen durante el cual el asesino recupera su normalidad psíquica, constituyendo una de las fases de su ciclo emocional. Es su particularidad más significativa y distintiva.

Además de estos requisitos básicos, deben considerarse otras características típicas del asesino en serie que le diferencian de los otros homicidas múltiples ya vistos, tales como:

- La prevalencia de la elección de armas blancas, objetos contundentes o estrangulación manual para matar a sus víctimas, y que responde a una necesidad de tipo psicológico que le impele a sentir el contacto personal durante el asesinato.
- La selección de sus víctimas, en función de diferentes circunstancias, que son estudiadas en otro epígrafe.
- La práctica sistemática de actos con un fuerte significado psicológico y que constituyen la “*firma*” que individualiza al autor de los mismos.
- El control ejercido sobre la situación (elección del momento, del lugar, del modo). Los asesinos en masa e itinerantes pierden el control sobre el curso de los acontecimientos una vez que inician su acción. El asesino en serie es capaz de dominar las situaciones e incluso de “dirigir” en cierto modo el camino de la investigación.

Como es fácilmente apreciable, queda fuera de estas consideraciones algo que para los investigadores parece ser fundamental: el móvil del crimen. La exclusión de un factor tan importante no es casual. Con ella han tratado de evitarse errores producidos por una precipitada asignación de la motivación del crimen y que pueden suponer el fracaso de la investigación. Y es que una de las características que distingue al asesino en serie de otros crímenes de sangre es, precisamente, que carecen de móvil aparente.

La investigación especializada de estos peculiares delitos pretende, de hecho, establecer la auténtica motivación del criminal mediante el estudio de los actos realizados por su autor. Por lo tanto, no puede clasificarse un crimen por su móvil hasta que éste sea conocido. Y el

campo de las motivaciones del asesino en serie presenta todavía muchas zonas oscuras.

A pesar de lo anterior, se han presentado diversas definiciones y clasificaciones del asesinato en serie, algunas de ellas basadas en el móvil. Se ha dicho que el asesino en serie actúa movido exclusivamente por sus instintos sexuales, quedando fuera de su definición terroristas, asesinos profesionales o líderes políticos cuyas motivaciones para el crimen son el fanatismo, el dinero, o la política.

Esta visión reduccionista del fenómeno, que en un principio era firmemente sostenida por el mismo F.B.I., resultó descartada por posteriores investigaciones que han puesto al descubierto la complejidad de los mecanismos mentales del homicida serial y en consecuencia sus motivaciones para el crimen.

El concepto de asesino en serie, eminentemente operativo, es por tanto ajeno a consideraciones criminológicas sujetas a diversas interpretaciones y trata de situar el crimen en un contexto práctico, tratando de evitar confundir a los investigadores con términos y definiciones con los que no están familiarizados. Por esta misma razón, es universalmente aceptada la clasificación que divide a su vez a los asesinos en serie en tres únicas categorías, a pesar de que se han desarrollado diversas taxonomías que han demostrado su utilidad:

- *Asesino organizado*: El concepto hace referencia al grado de organización del comportamiento del individuo manifestado en la escena del crimen. Es aquel que planea y lleva a cabo sus crímenes de modo consciente, premeditado. Cada crimen es para su autor la materialización de una fantasía que ha madurado en su imaginación durante largo tiempo, dándole forma y perfeccionándolo continuamente mediante un proceso de retroalimentación. Los asesinos organizados se identifican claramente con personas que padecen un trastorno psicopático, habitualmente en conjunción con otros trastornos sexuales como el Trastorno Sádico de Personalidad (T.S.P.), con el que correlaciona en alto grado. Constituyen el grupo más importante tanto cuantitativa como cualitativamente: estadísticamente, las tres cuartas partes de los asesinos seriales identificados pertenecen a este tipo; y su número de víctimas es mucho más elevado que el de los otros grupos.
- *Asesino desorganizado*: Constituye la otra cara de la moneda del crimen en serie. Estos homicidas perpetran sus acciones de forma impulsiva y totalmente improvisada. No tienen clara conciencia de sus actos, que son guiados por agudos trastornos mentales que dictan sus impulsos. Son enfermos mentales, psicóticos maniaco- depresivos y esquizofrénicos paranoides que sufren delirios (generalmente de tipo mesiánico o de persecución). Sus crímenes se caracterizan por su extrema violencia y, habitualmente, son más fácilmente identificados y detenidos, por lo que sus carreras criminales son más cortas.³⁶
- *Asesino mixto*: En esta categoría se incluyen homicidas que muestran

³⁶ En este sentido, encuadrada en los asesinos en masa sicóticos está Leonor a tenor de lo descrito por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 54/2006, de 5 de junio [ARP\2006\589], es preciso señalar que no tenía plena conciencia de los actos que estaba cometiendo, ya que se encontraba bajo la influencia de un síndrome psicótico que alteraba su percepción de la realidad. sentencia del Juzgado de Menores de Murcia 72/2001, de 1 de junio [JUR\2009\448802], la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 3/2011, de 13 de enero [ARP\2012\206220] y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre [JUR\2018\311683] narran cómo los dos primeros sujetos padecían ciertas enfermedades mentales.

características pertenecientes a los dos grupos anteriores. Constituyen un reducido grupo, pero por su propia especificidad y lo abigarrado de sus comportamientos suelen ser aquellos cuya identificación y captura resulta más difícil, llegando a tener largas carreras criminales en muchas ocasiones.

Cada tipología tiene sus particularidades y características perfectamente descritas y comprobadas, por lo que su utilidad radica en que, una vez determinado el grupo al que corresponde el criminal buscado, se conocen de antemano cierto número de detalles sobre su personalidad, aspecto físico y pautas de conducta que muy probablemente poseerá y que serán de gran ayuda para la investigación.

El F.B.I., para su mejor identificación, esquematizó comparativamente aquellos rasgos de conducta típicos de los asesinos organizados y desorganizados, que se muestran en el cuadro siguiente:

ASESINO ORGANIZADO	ASESINO DESORGANIZADO
Con antecedentes policiales	Con antecedentes policiales/psiquiátricos
Competente socialmente	Graves dificultades de relación social
Antecedentes de violencia	Conducta peligrosa anunciadora del crimen
Puede actuar con cómplices	Actúa siempre en solitario
Habla con la víctima	No habla con la víctima
Puede torturarla ante-mortem	Raramente torturas preliminares
Usa el arma que porta	Usa el arma que encuentra
Domina con habilidad a la víctima	Ataque sorpresivo y brutal para controlarla
Puede ocultar el cadáver	Abandona el cadáver sin precauciones

7.2. Psicopatía y psicosis: organización vs. desorganización³⁷

Se acostumbra a dividir a los asesinos y agresores sexuales en serie en organizados y desorganizados. Los términos *organizado* y *desorganizado* son equivalentes a los de *psicopatía* y *psicosis*. Esta clasificación está basada en el hecho de que los autores de estos delitos pueden ser categorizados, casi sin excepción, como psicópatas o psicóticos. Dado que es frecuente la confusión entre ambos conceptos, parece oportuno definirlos someramente.

³⁷ OTÍN DEL CASTILLO, J. M^a: El crimen en serie: un modelo metodológico, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, mayo 2007, Iustel.com.

Así, podemos decir que los psicóticos son auténticos enfermos mentales, siendo su trastorno de etiología psíquica u orgánica. Característicos del mismo son: desorganización profunda de la personalidad, alteración del juicio crítico y de la relación con la realidad, trastornos del pensamiento, ideas y construcciones delirantes y perturbaciones de la sensorio-percepción; cuadro que nada tiene que ver con la psicopatía.

Los trastornos de personalidad surgen en personas psíquicamente normales y se diferencian de la enfermedad mental en tres aspectos básicos:

- Son estables temporalmente: Tienen una continuidad en el tiempo y en el grado de intensidad, al contrario de lo que sucede con la enfermedad mental, que muchas veces
- O cursa con períodos de crisis. **Refleja alteraciones más globales con síntomas más inespecíficos.**
- Son egosintónicos, no son subjetivamente percibidos como molestos.

Esto tiene importantes implicaciones en casos de crímenes violentos sobre todo a nivel judicial, puesto que si tradicionalmente el psicótico diagnosticado es considerado inimputable al encajar su enfermedad dentro de las eximentes previstas por nuestro Código Penal (art. 20.1 CP), la jurisprudencia viene considerando justamente lo contrario para el psicópata, al que en la mayoría de las ocasiones se le considera responsable de sus actos al entender que no pierde el contacto con la realidad, diferencia perfectamente el bien del mal y posee lucidez y dominio de su voluntad.

Respecto a las causas del crimen en serie en el caso de sujetos afectados por una psicosis, la comunidad científica está de acuerdo en atribuir la causa de su **comportamiento a las manifestaciones de la enfermedad padecida** (generalmente una esquizofrenia paranoide, cuyos delirios les llevan al asesinato), y los motivos que aducen estos asesinos son producto de su propia enfermedad: en muchas ocasiones, sus delirios, que cursan con alucinaciones visuales y auditivas, les empujan a matar por cualquier absurda razón.

En consecuencia es necesario distinguir la psicopatía de otros trastornos psiquiátricos y enfermedades mentales: especialmente las neurosis, las diversas psicosis (en particular la paranoia y la esquizofrenia) y algunos trastornos de personalidad como el antisocial o narcisista

Según expone García Pablos en su Tratado de Criminología³⁸: la diferencia entre **psicopatía** y **neurosis** parece obvia (especialmente en el caso de las psicopatías primarias, en las que el paciente no experimenta ansiedad). Ante todo, porque el neurótico es consciente de que padece una enfermedad, y sufre por ello. Por el contrario, el psicópata no sufre por su condición de tal, ni manifiesta la ansiedad y la angustia tan características de las neurosis.

Según el mismo autor, tampoco pueden confundirse la **psicosis** y la **psicopatía**, pues como hemos dicho anteriormente solo en las primeras —genuinas enfermedades mentales— se produce la pérdida del contacto con la realidad y la quiebra con la propia identidad biográfica del paciente, acompañadas de delirios, alucinaciones, cambios profundos del estado de ánimo y trastornos conductuales severos.

Igualmente, nada tiene que ver, de otro lado, el delirio crónico y sistemático del **paranoico**, que se halla instalado en el error y fuera de la realidad con el falso delirio y fantasías del

³⁸ Siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. :Tratado de Criminología, 5.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, vid. págs.. 658 y ss.

psicópata que manipula la realidad, miente, engaña, pero no está instalado en el error, ni recrea la realidad.

También difieren **psicopatía** y **esquizofrenia**. El psicópata está libre de las alucinaciones y delirios típicos de la esquizofrenia, aunque, precisamente por ello, su máscara de cordura le hace más difícil de descubrir, y más peligroso. Es cierto que el esquizofrénico rompe con la realidad y con su identidad, pero el psicópata padece otro déficit, menos profundo, aunque relevante: no tiene capacidad para verse el mismo como los otros le ven, para conocer como sienten los demás cuando le ven, para apreciar los afectos y valores que suscita en los otros su existencia.

Por ejemplo, un esquizofrénico suele presentar ideas delirantes (absurdas pero obsesivas; el sujeto que las padece no puede ser convencido de que son irreales, como cuando piensa que los compañeros de trabajo están “ocupando su mente” con artilugios electrónicos o un demonio le dice lo que tiene que hacer). También alucinaciones: ve u oye cosas que no existen. Los psicóticos, entonces, han perdido el sentido de la realidad.

Ejemplo Norman Bates —el célebre personaje de la película de Alfred Hitchcock *Psicosis*— sería el ejemplo idóneo de un asesino en serie enfermo mental: su personalidad (y por ello su mente) está disociada, y en ocasiones su “madre” toma el control de su conciencia y de sus actos, asesinando a quien supone una amenaza sexual para su hijo.

En cuanto a la delimitación de la psicopatía frente a otros **trastornos de la personalidad**, el problema se plantea, fundamentalmente, respecto al **trastorno narcisista** y el **trastorno antisocial**. Los psicópatas son, desde luego, narcisistas. Psicópatas y narcisistas —trastornos que no deben identificarse— pueden compartir rasgos de dureza, superficialidad, escasa empatía, tendencia a la mentira; sin embargo, la impulsividad, la destructividad y el engaño son rasgos dominantes en la psicopatía. Además, muchos psicópatas parecen indiferentes a los logros de los demás, sienten rara vez envidia y su necesidad de ser admirados es menor, mientras los narcisistas pocas veces tienen un historial delictivo o antisocial acusado como sucede con los psicópatas. El trastorno antisocial de la personalidad (propio del delincuente habitual, de prolongado historial criminal, que vive en un submundo marginal) solo recoge las características esenciales de los aspectos conductuales de la psicopatía, no sus dimensiones o rasgos de la personalidad. No todos los sujetos que padecen el trastorno antisocial de la personalidad son necesariamente psicópatas.

Tampoco debe confundirse el psicópata ni con el oportunista sin escrúpulos. El oportunista sin escrúpulos, que no tiene por qué presentar las otras características del psicópata, a menudo logra asentarse económicamente con provecho (vg. los que progresan por las jerarquías de la mafia). El psicópata, por el contrario, por su aversión a las reglas, difícilmente encaja bien en estructuras férreas. Delincuente habitual y psicópata tampoco son conceptos equiparables.

Según García Pablos el psicópata típico rara vez se aprovecha de los beneficios que genera por el delito, y casi nunca se implica de modo consistente en la carrera criminal; en comparación con el mismo, el infractor habitual parece una persona tenaz, al menos en sus propósitos antisociales. El delincuente habitual persigue objetivos comprensibles, aunque con medios y procedimientos rechazables. El psicópata, por el contrario, pretende metas no siempre asumibles, comprensibles por los demás, e incluso a menudo comete el delito sin lograr ventaja material alguna. El delincuente común suele protegerse a sí mismo, el psicópata no pocas veces se pone en situaciones que le perjudican y actúa de forma notoriamente insensata, y sin necesidad alguna.

7.3. La psicopatía o Trastorno Antisocial de la Personalidad

La personalidad psicopática, plantea hoy, entre otros, dos problemas fundamentales: su supuesto correlato orgánico o fisiológico, cuya verificación han intentado numerosos autores; y la relevancia criminógena de la misma.

*¿Son los psicópatas libres para cometer sus crímenes y, por consiguiente, plenamente imputables, es decir, sujetos legítimos para recibir el reproche penal de ser reconocidos como culpables? O, contrariamente, ¿presentan los psicópatas, al margen de su capacidad para la violencia, determinadas características mentales anómalas— que los eximen en todo o en parte de esa culpabilidad? ¿Tienen los psicópatas intacta su capacidad de comprender lo que hacen cuando asesinan y de controlar su voluntad para adecuarla a esa comprensión? Esa es la cuestión: ¿son los psicópatas una especie aparte, a los que no cabe aplicar las leyes de forma convencional? ¿Hemos de considerarlos anormales, defectuosos, y por ello menos culpables (o no culpables en absoluto) que los hombres/mujeres ordinarios? O quizás, en sentido contrario, ¿deberían ser castigados con mayor fuerza considerando su enorme potencial de violencia e indiferencia ante el terrible dolor que provocan?*³⁹

La psicopatía ha sido y es uno de los temas centrales de debate en la Psiquiatría y en la Psicología Forense por su constante evolución y redefinición conceptual hasta el punto de considerar este término como un auténtico «cajón de sastre». De esta situación, que ha desencadenado una multitud de definiciones y de tipos de psicópatas, se ha hecho eco la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo al afirmar que «pocos conceptos abarcan una pluralidad tan extensa de situaciones como las psicopatías» (STS de 10 de julio de 1991).

A pesar de la falta de claridad conceptual, se considera la psicopatía es un grave trastorno de la personalidad; no sería una “enfermedad mental” en el sentido clínico, entendiendo por ésta una alteración grave del sentido de la realidad, consideraremos la enfermedad mental como sinónimo de psicosis.

Ahora bien, ¿qué quiere decir exactamente cuando decimos que la psicopatía es un grave trastorno de la personalidad? En principio lo que se quiere decir es que no hay nada malo en su mente, que no ha perdido el sentido de la realidad. El psicópata no tiene delirios ni alucinaciones. Conoce las cosas como son: no ve a un espía del gobierno en la figura del cartero. La personalidad, sin embargo, puede ser anómala aun cuando su mente mantenga el contacto con la realidad. En general, padecer una alteración grave de la personalidad significa que dicha anomalía impregna de forma negativa el ajuste de la persona a la vida diaria, complicando mucho su competencia profesional y sus relaciones con los otros, lo cual le genera sin duda sufrimiento. Es decir, la gravedad procede del hecho de que los síntomas que manifiesta le incapacitan de forma relevante para poder ser —en la medida en que lo puede ser la mayoría de la gente—, relativamente feliz. A diferencia de los otros trastornos de personalidad, el psicópata no vive su situación como un problema. Es decir, no sufre, en el sentido de un dolor anímico o “mental”, por lo que él es.

³⁹ Epígrafe redactado siguiendo a GARRIDO GENOVÉS, V./LATORRE LATORRE. V.: El silencio de los corderos: una exploración del mal. Tirant Lo Blanch. Valencia 2017. Págs. 52 y ss. Buscar en biblioteca USC: Tirant Biblioteca Virtual. Son ejemplos representativos de esta modalidad del género criminal Copycat (1995), El coleccionista de huesos (1999) y, sobre todo, Seven (1995), pero podemos añadir muchos más títulos que llegan incluso hasta la actualidad. Esta influencia también se extendió a la televisión si cabe con más fuerza, en series como Criminal Minds, Profiler, Luther, la francesa Profilage, True Detective o The Following, por citar solo unas pocas.

Para identificar a un psicópata es necesario poder “medir” o calibrar determinados rasgos. El “patrón oro” de la medición o evaluación del psicópata se halla en la “Psychopathic Check-List Revised” (PCL-R: Escala Revisada de la Psicopatía), creada por el psicólogo Robert Hare, un listado de ítems o atributos de la psicopatía que es cumplimentado atendiendo a una larga entrevista semiestructurada y a los informes colaterales (verbales o escritos) que existan del caso. Los 20 ítems (o rasgos) que componen esta escala son:

1. Locuacidad / Encanto superficial.: los psicópatas en muchos casos despiertan simpatía, que tienen lo que se llama don de gentes
2. Egocentrismo / vanidad desmesurada/Sensación grandiosa de la autovalía: hipervaloración de si mismos
3. Necesidad de estimulación o excitación continuada/ Tendencia al aburrimiento. El aburrimiento es un enemigo natural del psicópata
4. Mentira patológica: auténticos maestros del arte del engaño.
5. Manipulación. Especial habilidad para detectar los puntos débiles de los demás
6. Falta de sentimientos de culpa y de arrepentimiento.
7. Escasa profundidad de los afectos.
8. Insensibilidad / Falta de empatía.
9. Estilo de vida parásito.
10. Falta de autocontrol: no controlan adecuadamente l su temperamento, carecen de mecanismos inhibidores de la conducta violenta. Su reactividad a cualquier forma de autoridad, provocaciones o insultos o simplemente dificultades cotidianas puede provocar accesos incontrolados de enojo o furia de diferente duración o intensidad, pero generalmente desproporcionados.
11. Conducta sexual promiscua.
12. Problemas de conducta precoces.
13. Falta de metas realistas a largo plazo.
14. Impulsividad.: al no importar las consecuencias de sus actos, los psicópatas muchas veces no piensan simplemente actúan buscando la satisfacción inmediata de sus deseos
15. Irresponsabilidad.
16. Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones.
17. Varias relaciones maritales breves.
18. Manifestaciones tempranas de conducta antisocial: Delincuencia juvenil.
19. Revocación de la libertad condicional.
20. Versatilidad criminal.⁴⁰

No todos los psicópatas son criminales, no se precisa atribuir un delito. Un sujeto puede llegar a un grado de psicopatía notable sin haber cometido actos delictivos, mucho menos asesinatos múltiples. Ahora bien, considerando que se trata de alguien preparado para la explotación del otro, que no siente las emociones básicas del amor o de la empatía —como

⁴⁰ Si observamos la relación de rasgos de la PCL-R vemos que son de cuatro tipos. Los hay que se refieren al mundo afectivo del sujeto (emociones superficiales; falta de sentimiento de culpa; ausencia de empatía); otros tienen que ver con las relaciones interpersonales (sentirse superior o grandioso sentido del yo; capacidad para manipular, o mostrar sentimientos amables o un atractivo que en realidad son fingidos porque son solo aparentes o superficiales). Unos terceros abarcan un estilo de vida irresponsable o peligroso (necesidad de vivir riesgos o temeridad; irresponsabilidad frente a las obligaciones; impulsividad y falta de autocontrol; incapacidad para tener metas realistas). Finalmente, están los criterios de la vida antisocial y delictiva (manifestaciones tempranas de conducta antisocial, delincuencia juvenil; revocación de la libertad condicional o versatilidad criminal).

explicaremos a continuación—, no cabe duda de que gran parte de los criminales más reincidentes y violentos exhibirá este trastorno. Pero es importante no olvidar esto: existen psicópatas “integrados” que no son criminales porque no cometen delitos, o al menos no son éstos habituales o graves.

Pues, bien el “núcleo duro” de la psicopatía se encuentra en los rasgos que cubren aspectos afectivos e interpersonales del sujeto, como la falta de sentimientos profundos y de la culpa o la falta de empatía; y la manipulación, la capacidad para aparentar ser un tipo encantador y el grandioso sentido del yo. Pero, no obstante, los atributos que describen al psicópata como alguien que necesita siempre de excitaciones intensas, que odia el aburrimiento y que no teme al peligro, que es impetuoso y que no piensa en el mañana, son también propios del psicópata, lo que sucede es que tales rasgos los comparte con muchos delincuentes y aventureros en general, lo que no los hace específicos de la psicopatía. Lo que es su “marca de fábrica” son los primeros, los que hemos denominado rasgos afectivos/ interpersonales, y en particular los afectivos, lo que en una palabra podría resumirse como “ausencia de conciencia” o de “escrúpulos morales” en un sentido amplio.

Del mismo modo, el Derecho Penal de la mayoría de los países no considera que el psicópata haya de ser eximido de ser juzgado con plena responsabilidad criminal, e incluso en algunos sitios (como EE.UU.) puede ser un factor agravante; por ejemplo, en algunos Estados de ese país la psicopatía no atenúa sino que agrava hasta el extremo de que, disponiendo de la alternativa de condena perpetua o la pena de muerte, el diagnóstico de psicopatía puede inclinar la balanza hacia ésta última pena (nunca mejor dicho). ¿Por qué la Ley es reacia a considerar al psicópata eximido en todo o en parte de la responsabilidad criminal? Bien, ya antes hemos planteado que el psicópata sabe bien que determinadas acciones son delictivas; no ha perdido el contacto con la realidad, y comprende que las reglas y las consecuencias por quebrantarlas forman parte del hecho de vivir en sociedad. Sienten el placer y el dolor, criterios por los que pueden guiar su comportamiento, porque pueden experimentar una pena de prisión como algo displacentero, y vivir en libertad como un bien preciado. Para la Justicia esto es suficiente para considerarlo una persona racional. Además, de nuevo repetiremos aquí que el psicópata no carece del tipo de ausencia de autocontrol que puede contemplar la ley; es decir, ellos no sienten —generalmente— un “impulso irresistible” o una necesidad que les supera para realizar una acción determinada violenta. No es habitual que un asesino en serie mate si sabe que casi con toda seguridad va a ser capturado, herido o muerto por acción de la policía. En síntesis, entonces, para la Ley el psicópata es un malvado, no un enfermo o perturbado.

Ahora bien, el asunto se complica si profundizamos más en lo que realmente significa ser un hombre “racional”. ¿Se puede ser racional si un sujeto es incapaz de pensar de forma adecuada acerca de asuntos morales y que atañen al respeto del otro como un ser humano pleno? ¿Se puede ser racional si se cosifica al otro, negándole así su dignidad intrínseca como persona?

El argumento anterior (que los psicópatas en realidad no tienen una capacidad plena racional porque son ajenos a la comunidad moral) quizás cobraría más peso si pusiéramos sobre la mesa una gran cantidad de estudios que demuestran que el cerebro de los psicópatas, en promedio, son estructural y funcionalmente diferentes de los sujetos que no lo son.

La existencia de un condicionamiento biológico o sustrato orgánico de la psicopatía parece haberse comprobado por investigaciones neurofisiológicas y biosociales. Ciertas anomalías cerebrales (ritmo delta, ritmo lento, etc.) y del sistema nervioso autónomo (nivel de

activación cortical) lo demostrarían.⁴¹ En cuanto a las investigaciones empíricas, con grupo de control o sin él (población reclusa) dirigidas a comprobar la relación psicopatía-criminalidad, sus resultados —equivocos, desconcertantes e incluso contradictorios— dan pie a toda suerte de interpretaciones. La discusión científica sobre el problema sigue, abierta. Si bien, como señala García Pablos en los últimos lustros se aprecia una decidida tendencia a comprobar empíricamente el correlato fisiológico de las psicopatías. Aunque dicha verificación no pueda estimarse conseguida, si han adquirido gran predicamento algunas hipótesis (estrictamente fisiopatológicas o biosociales) que creen hallar el sustrato de las psicopatías en el sistema nervioso autónomo o vegetativo, en el nivel de activación cortical del individuo («arousal») o incluso en disfunciones neurofisiológicas. Precisamente por ser la personalidad psicopática un caso «extremo», límite, ha sido el campo preferido de numerosas investigaciones empíricas dirigidas a contrastar los más dispares modelos teóricos explicativos de la criminalidad⁴².

En particular, tanto los avances de la neurociencia como del aprendizaje han puesto de relieve, en general y más en particular en el caso de los asesinos en serie, que las manifestaciones delictivas no son hechos episódicos, sino que responden a lo que podemos denominar elementos estructurales del individuo. El sujeto ha conformado un universo: falta de empatía (frente al dolor, a las consecuencias de su actuar), carece de remordimientos, tiene objetivos actuales, pero no de futuro, muestra indiferencia, etc. Esa cosmovisión hace de la vida, de cómo seguirla, de cómo entenderla, una comprensión cerrada con un universo propio, de modo que ha interiorizado y acomodado a su “razón”, a su justificación un “normal” proceder. Sus actos son rutinas de su configuración de una realidad que pese a conocer la prohibición, su conocimiento resulta alterado, es anómalo porque no siente la prohibición como una trasgresión sino como una realización. El sujeto mata como recreación de su “orden interno” pero la muerte del “otro” —como lo define el Código Penal—, es la muerte cosificada al no reconocer al “otro” como un “yo”.

Ese carácter estructural recibe un apoyo adicional por la investigación criminológica que demuestra que rasgos de psicopatía esenciales como la insensibilidad emocional y falta de empatía se manifiestan ya a una edad muy temprana y muestran una elevada estabilidad en la edad adulta, lo que da apoyo a la tesis de que tales rasgos son altamente heredables.

⁴¹ En particular, la investigación de los últimos veinte años ha destacado dos áreas como las afectadas principalmente en la condición de la psicopatía: el córtex prefrontal y la amígdala. Esto no solo se ha demostrado a través de estudios de resonancia magnética y otros tipos de tecnología propios de la neurociencia, sino mediante estudios experimentales que revelan la dificultad que tienen para procesar emociones morales, así como para aprender de la experiencia (escaso temor al castigo) y la toma de decisiones racional. Así, determinadas regiones del córtex prefrontal (como la orbito-frontal, ventromedial y ventrolateral) reciben proyecciones al tiempo que envían impulsos nerviosos a la amígdala, un órgano perteneciente al sistema límbico situado en el centro del cerebro. Dicho sistema media la capacidad para la empatía que, como sabemos, nos permite reconocer a los otros como seres valiosos y a comprender en nuestro mundo afectivo las consecuencias de nuestras acciones violentas en ellos. La amígdala, además, es la encargada de procesar la emoción del miedo o temor ante el castigo o ante situaciones que nos resultan amenazantes. Tanto la empatía como el miedo ante el castigo o su amenaza son capacidades necesarias para inhibir las conductas violentas. El psicópata es deficitario en ambas, por lo que no es extraño que resulten afectadas negativamente sus posibilidades de pensamiento racional y moral. Vid. ampliamente, OTÍN DEL CASTILLO, J. M^a: El crimen en serie: un modelo metodológico, en *Revista General de derecho Penal*, n.º 7, mayo 2007, Iustel.com,

⁴² Siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, 5.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, vid. paginas 660 y ss.

Ahora bien, estas diferencias en el funcionamiento cerebral no han recibido todavía el calificativo de “trastornos mentales”, en el sentido de considerarlas como enfermedades o anomalías patológicas derivadas de una causa biológica u orgánica, a pesar de que no hay duda de que el cerebro es el fundamento orgánico de toda actividad humana consciente o inconsciente. Antes bien, para la mayoría de los ordenamientos jurídicos esas variaciones estructurales (por ejemplo, una menor materia gris en el córtex) o funcionales son eso, variaciones, y no las consideran como síntomas de una enfermedad o patología, como lo son, por ejemplo, las ondas cerebrales anormales que se producen en los epilépticos, o los claros síntomas expresivos de un delirio, que pueden ser manifestación clara de una esquizofrenia causada por una mente (cerebro) igualmente anormal.

Hay pues, dos formas de interpretar las conductas y las bases biológicas descubiertas de dichas conductas psicopáticas. Una es acudiendo al concepto de “diferencia o variación” (“bien, el córtex prefrontal parece que procesa mal las emociones morales: no hay una actividad cerebral diferente ante estímulos desagradables —gente sufriendo— o placenteros —una bella puesta de sol—; ¿y qué?”). El otro es dando un paso más allá y afirmando que esas diferencias son en realidad deficiencias:

7.4. El tratamiento legal de las psicopatías

Cabe diferenciar dos etapas en el tratamiento penal de la psicopatía.

Una primera durante la vigencia del Código de 1973, y otra con la aparición del Código de 1995⁴³. La distinta valoración de la psicopatía en esas dos etapas obedece a razones puramente normativas, sin desdeñar los avances originados en las organizaciones dedicadas a la clasificación de las enfermedades mentales (OMS/CIE10) y la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-5). En el anterior Código la exención de responsabilidad estaba vinculada a la aparición de enfermedades mentales (se hablaba del “enajenado mental”), y requería de la existencia de una base mórbida y patológica, de este modo, los trastornos conductuales o de la personalidad quedaban extramuros de la exención o atenuación de la responsabilidad, hasta el extremo que solo podía ser apreciada en algunos casos como una mera atenuante, considerándola como si (es decir, se establecía una analogía) fuera un tipo leve de patología mental.

Se sostiene ahora, y con razón, que la psicopatía no es como si fuera a efectos penales una anomalía psíquica, sino que literalmente, lo es.

⁴³ La cuestión relacionada con el bien y el mal tuvo mucho arraigo en la jurisprudencia de los Tribunales, sobre todo hasta la aparición del Código Penal de 1995, pues la imputabilidad se dirimía sobre las bases del bien y el mal. Si el sujeto era capaz de discernir entre bien y mal era imputable y si, por el contrario, era incapaz de esa distinción, inimputable. Con la aparición del Código de 1995, pero incluso antes, el paradigma cambió por dos fundamentales razones. En primer lugar, porque bien y mal eran categorías relativas a la moral y a una culpabilidad interna anclada en conceptos como el pecado, dando lugar a una confusión entre culpabilidad jurídica y moral; en segundo lugar, porque la imputabilidad no es una capacidad de discernir el bien y el mal (el concepto de bien y mal se corresponde sobre patrones religiosos, sociales, culturales etc., y se constituiría en un elemento de conciencia), sino la capacidad de conocer el injusto de la conducta y adecuar la voluntad a esa comprensión. Esta capacidad puede verse alterada a consecuencia de cualquier anomalía, cualquiera que sea de entidad suficiente para limitar o anular esa capacidad. No obstante, la distinción de bien y mal no está tan alejada de la imputabilidad si se entiende como una imagen que da cuenta del injusto, pues bien, y mal forman parte también como binomio antitético del comportamiento sobre el que el sujeto hace girar su conducta. Bien y mal, en tanto categorías morales, penetran en la norma en su faz eticista para dotar de validez, de legitimidad, a la norma.

Con todo, el tratamiento jurídico de la psicopatía es ciertamente muy insatisfactorio, pues nos encontramos en la jurisprudencia con argumentaciones contradictorias, disgregadas y ciertamente imprecisas, lo que produce una exacerbada inseguridad jurídica, o lo que es lo mismo, la interpretación que se realiza de la psicopatía en los tribunales es errática.

Se parte de una premisa, cual es que la mera constatación de una anomalía disocial (es decir, la presencia habitual de actividades antisociales en un sujeto) no es suficiente para eximir o atenuar la responsabilidad. Este sería un paso necesario, pero no suficiente. Como ya sabemos desde el estudio de los condicionantes subjetivos de la responsabilidad criminal, a tal fin es preciso acreditar que la anomalía (en este caso la psicopatía) ha incidido en los ámbitos cognitivos o volitivos. Es decir, es necesario poder afirmar que el individuo “no comprendía lo que estaba prohibido” cuando transgredió la norma. Finalmente, aún es necesario verificar un ulterior criterio, cual es, que exista una relación causal entre la anomalía y su incidencia en el hecho. En otras palabras: esa anomalía en su esfera del conocimiento debió jugar un papel fundamental en la comisión del delito, de tal manera que la anomalía se encuentra en relación causal con el delito.

El abanico de incidencia, pues, permite un recorrido desde la irrelevancia a la exención de responsabilidad (eximente completa), si bien, ésta última está reservada a lo podríamos denominar anomalías graves o lo que popularmente se conoce como “enfermedad mental”; en éstas la patología es evidente puesto que afecta claramente al modo en que un sujeto habla o piensa y, en ocasiones, incluso a sus movimientos, y se asume que hay una base orgánica, esto es, que el cerebro del sujeto está afectado por una enfermedad: esquizofrenia, trastorno bipolar, trastorno delirante y la oligofrenia (severa deficiencia mental) son ejemplos característicos.

Estas “enfermedades mentales” se contraponen en nuestro código a las alteraciones o trastornos de la personalidad, que quedarán reconducidas a meras atenuantes o, a lo sumo, a eximentes incompletas o atenuantes cualificadas art. 20 (eximentes completas), o 21.1 (circunstancias atenuantes simples o cualificadas) y 21.7 (análoga significación) del CP en relación a las reglas de determinación de la pena en los arts. 66 y 68 del CP.

Determinar cuándo estamos ante una u otras, dependerá de la conexión entre la patología o anomalía y el comportamiento criminal, la intensidad del trastorno de la personalidad, y la concurrencia de otras anomalías (típicamente alcoholismo y abuso de drogas).

En consecuencia, es muy difícil que una psicopatía, por sí sola, sea el fundamento de la aplicación de una eximente incompleta al sujeto que la sufre, ya que es sumamente improbable que produzca sobre el mismo el efecto psicológico o normativo que requiere el art. 20.1 del Código Penal de 1995 (es decir, que por causa de una anomalía o alteración psíquica, el sujeto al tiempo de cometer la infracción penal, no pueda comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión), pues los psicópatas cumplen perfectamente los requisitos legales y psiquiátricos para ser declarados mentalmente sanos, entienden las reglas de la sociedad y el significado del bien y del mal, son capaces de controlar su conducta y se dan perfectamente cuenta de las consecuencias de sus actos.

A juicio de algunos autores, la jurisprudencia comete un error fundamental puesto que se produce un entendimiento equivocado de lo que es la psicopatía: considera que lo que define a los psicópatas es la presencia de estados explosivos que dificultan el control de los impulsos, para a renglón seguido sentar que la ira o la cólera carecen de significación

atenuadora de la pena, pues sería tanto como premiar al violento.⁴⁴ Por consiguiente, no repara en lo que hemos definido repetidamente como el “núcleo duro” de la psicopatía, que supone la desafección, frialdad e indiferencia al bienestar e intereses del otro, que resulta reducido a un mero instrumento para alcanzar sus fines egocéntricos, lo que es justo el mundo contrario al proceso inhibitor de la norma, pues la desinhibición no es accidental sino estructural en el psicópata.

En otras palabras, la Jurisprudencia en España desconoce que el psicópata tiene un problema porque es la estructura de su personalidad la que impide tener temor ante la amenaza del castigo; su “estado explosivo” es secundario a este problema.

Y aún es más preocupante cuando la Jurisprudencia tilda a la psicopatía como una forma de ser que no tiene cura, ergo no cabe apreciar atenuación alguna porque forma parte de su ser (gráficamente considera que se es psicópata y no se está psicópata), cuando precisamente esa forma de ser es lo que le permite concebir un universo disociado de la comprensión ordinaria, y mantenerle alejado de la comunidad moral. Se sigue de lo anterior que, por lo general, la afección se suele ubicar en el ámbito volitivo, pues para la Jurisprudencia el sujeto no padece déficit cognitivo alguno. De este modo la psicopatía explicaría los delitos considerados como excesos (conoce la realidad, pero no puede dominarse ante sus deseos), pero negaría al psicópata que su mente configure un universo propio y diverso.⁴⁵

Este entendimiento restringido de la psicopatía por parte de la jurisprudencia la convierte de suyo en un proceso patológico menor que conduce a una disminución leve de la responsabilidad en el mejor de los casos, salvo que, la psicopatía se asocie a otras alteraciones (como el abuso de drogas) que, al sumarse, incrementen la atenuación de la pena.

Sin embargo, los asesinatos seriales obedecen a un escenario psicológico concretado en un *modus operandi* y en la verificación de unos rituales que responden a una fantasía, la cual se concreta en una absoluta y exasperante indiferencia al otro, en una ausencia de reconocimiento del otro como ser humano. Así entendida, la psicopatía alcanza su mayor expresividad como alteración, y por tanto, su incidencia sobre la responsabilidad criminal.

Resumiendo, cuando hablamos de psicopatía debemos tener en cuenta un dato muy significativo a efectos penales y, concretamente, en orden a la imputabilidad de estos delincuentes, y es que este trastorno de la personalidad *no debe entenderse como el resto de las enfermedades mentales*. Es decir, el psicópata no es un psicótico o un enfermo mental (a pesar de que investigaciones recientes muestran como el comportamiento criminal de estos sujetos puede tener relación con ciertas disfunciones cerebrales). Los psicópatas, no están

⁴⁴ GARRIDO GENOVÉS, V./LATORRE LATORRE. V.: El silencio de los corderos: una exploración del mal. Tirant Lo Blanch. Valencia 2017. Buscar en biblioteca USC: Tirant Biblioteca Virtual

⁴⁵ Y ello, pese a que en alguna ocasión reconoce que “[el psicópata] es un sujeto que ha estructurado una personalidad anómala y disarmónica, en la que predominan la ausencia de valores, que conoce, pero no los siente, escasa resonancia emocional y elementos asociales que se cargan de irritabilidad y violencia, con baja tolerancia a la frustración y la búsqueda de un hedonismo a corto plazo sin prospección de futuro.”

desorientados ni viven en otro mundo, tampoco experimentan las alucinaciones o delirios que caracterizan a las enfermedades mentales y se distinguen de los psicóticos en que son racionales y se dan cuenta de lo que hacen y por qué, siendo su conducta el resultado de una elección libremente elegida.

Bibliografía

- BRAGE CENDÁN, S. (2013): Cuadernos de Criminología. Bosch JMB Editor. Barcelona,.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2014): Tratado de Criminología, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCIA PABLOS DE MOLINA, A.: (2016) Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos. 8ª ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- GARRIDO GENOVÉS, V./LATORRE LATORRE. V. (2017): El silencio de los corderos: una exploración del mal. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- LLEDÓ BENITO, I. (2019): Formas Específicas e Criminalidad. Dykinson SL. Madrid.
- GÓNZALEZ CUSSAC, J.L.(COORD.)/ CARBONELL MATEU, JC/MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ C./ CUERDA ARNAU ML/BORJA JIMÉNEZ, B. (2023): Derecho Penal. Parte Especial (8ª ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia.
- OTÍN DEL CASTILLO, J. Mª (2007): El crimen en serie: un modelo metodológico, en *Revista General de derecho Penal*, n.º 7, Iustel.com.
- PINTADO DE ALCÁZAR, A. (2019): Asesinos en masa y asesinos múltiples en un solo acto *Revista Electrónica de Criminología REC* 02-02.

Materia Formas Específicas de Criminalidad I
3º Curso del Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024

Inma.valeije@usc.es

TEMA 4: LA DELINCUENCIA SEXUAL.

SUMARIO:

- I. FACTORES DE RIESGO Y PERFILES DE DELINCUENTES SEXUALES.**
- II. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL TRAS LA REFORMA POR LO 10/2022.**
- III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES.**
- IV. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LOS DELITOS.**
- V. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN.**

I. FACTORES DE RIESGO Y PERFILES DE DELINCUENTES SEXUALES (EL EPIGRAFE I ES SOLO DE LECTURA PUES SU ESTUDIO CORRESPONDE A PSICOLOGIA CRIMINAL. NO ENTRA EXAMEN)

1. Factores de riesgo

Cuando se habla de factores de riesgo no se refiere a conceptos deterministas, sino probabilísticos. Si el sujeto presenta factores de riesgo, esto implica que comparado con otros sujetos sin estos factores, tendrá más probabilidad de llegar a implicarse, en este caso, en conductas de *agresión sexual*. Por lo que no puede determinarse de forma tajante es que si un sujeto presenta factores de riesgo, necesariamente vaya a implicarse en conductas antisociales o delictivas. Los factores de riesgo son elementos predictores, sin causación directa y teniendo en cuenta que ningún factor de riesgo puede predecir adecuadamente la conducta por sí solo ya que se tiende a admitir que los factores de riesgo actúan en interrelación.

Los factores de riesgo de la conducta de agresión sexual son establecidos o estructurados de distinta manera en función de la fuente. En relación con la etiología del comportamiento de agresión sexual, aunque son diversos los perfiles de agresores sexuales, se plantean cuatro factores de riesgo generales a la violencia sexual:

1. Factores individuales tales como el consumo de alcohol y de drogas, las fantasías sexuales coercitivas, las tendencias impulsivas y antisociales, la violencia familiar en infancia, la hostilidad hacia las mujeres, etc.
2. Factores de la relación englobarían la asociación con parejas agresivas o delictivas, una fuerte relación patriarcal entorno familiar caracterizado por pocos recursos y con violencia física.
3. Factores de la comunidad que podrían conllevar un riesgo para la comisión del delito de agresión sexual sería la falta de oportunidades de empleo, la falta de apoyo institucional tanto de la policía o del sistema judicial, la tolerancia generalizada de la violencia sexual en ciertas comunidades y las sanciones débiles de los autores de este tipo de delitos en ciertas comunidades.
4. Factores sociales. Las normas sociales que apoyan la violencia social y la superioridad masculina y que manifiestan la inferioridad de la mujer y la sumisión sexual, son factores sociales que pueden incrementar el riesgo de la comisión de la agresión sexual. La ausencia o debilidad de leyes y políticas relacionadas con la equidad de género y los altos niveles de tolerancia a estos delitos violentos también son factores sociales de riesgo de los delitos de agresión sexual.

En la actualidad existe un amplio consenso respecto a una serie de elementos desencadenantes, tal y como han sido reunidos en el modelo teórico de Marshall y Barbaree (1989, 1990). Según este modelo, en el origen de la agresión sexual deben tomarse en consideración los siguientes factores:

1. **Elementos biológicos.** En síntesis, ello hace referencia a la consideración de dos aspectos: 1) la semejanza existente entre los mediadores neuroendocrinos de la conducta sexual y de la conducta agresiva de los varones, en los que juega un papel decisivo la secreción de testosterona; ello implica que debe aprenderse, mediante una socialización eficaz, a separar ambos tipos de comportamiento incorporando las inhibiciones correspondientes; 2) la relativa inespecificidad que en los seres humanos tiene el impulso sexual, necesitado en todos los casos del aprendizaje de pautas apropiadas de

comportamiento sobre los tipos de parejas viables y aceptables (personas adultas que consienten en la relación), contextos adecuados e inadecuados, etc.

2. **Fracaso del aprendizaje inhibitorio.** La investigación en psicología criminal ha evidenciado en general el menor aprendizaje inhibitorio de los agresores sexuales y de los delincuentes en general.

3. **Actitudes socioculturales favorecedoras o tolerantes de la agresión sexual.** Se ha constatado que aquellas sociedades y grupos sociales con actitudes y valores más negativos sobre las mujeres presentan una mayor tasa de agresiones sexuales y violaciones

4. **Pornografía violenta o infantil.** Muchos agresores y pedófilos consumen de modo regular, como mecanismo de excitación y masturbación, pornografía de agresión sexual o infantil, lo que recondiciona de modo constante su excitabilidad antisocial.

5. **Circunstancias próximas facilitadoras.** Las agresiones suelen ser precedidas a menudo de estados emocionales tales como estrés prolongado, excitación sexual, reacciones coléricas, o de consumo abusivo de alcohol.

6. **Distorsiones cognitivas sobre la sexualidad de las mujeres, los niños, etc.,** adquiridas por los agresores a lo largo de su desarrollo infantil y juvenil, que les ayudan a superar los controles internos.

7. **Circunstancias próximas de oportunidad** de una mujer o de un niño, según los casos, sin riesgos evidentes de detección.⁴⁶

3. La predicción de reincidencia en el delito sexual

Las investigaciones referentes al riesgo de la incidencia de la delincuencia general, tanto como la sexual, distingue dos grandes grupos de factores de riesgo, en los que pueden clasificarse los factores descritos en las dos categorizaciones precedentes:

⁴⁶Otros factores de riesgo generales de este delito, son los siguientes:

Factores biológicos. A este respecto se establece que la conducta sexual y la agresiva comparten sustratos biológicos similares, que estaría localizados prácticamente en las mismas zonas del cerebro. Estas conductas estarían mediadas por los mismos neurotransmisores y hormonas. Tal y como plantean las teorías biológicas, el autor da su importancia a la testosterona, como hormona sexual más importante. Algunos llegan al extremo en su defensa del determinismo biológico apuntando a alguna anomalía cerebral como base de la delincuencia sexual. **Pocos estudios han encontrado una relación significativa entre la hormona sexual específica y la delincuencia sexual.**

Factores sexuales. Se refieren a preferencias sexuales desviadas, a la utilización del sexo como forma de afrontamiento de problemas y a la posibilidad de haber sido víctima de abuso sexual en su juventud.

Factores sociales. Dentro de este grupo de factores la literatura criminológica incluye la relación paterno filial, las escasas habilidades sociales que muestran los agresores sexuales, los problemas en sus relaciones de pareja, la baja autoestima, la falta de empatía relacionada a este respecto.

Distorsiones cognitivas. Se establece que mediante las distorsiones cognitivas de los agresores sexuales estos interpretarían a su manera sus conductas y las de los que les rodean y de esta manera su propio concepto sobre las cosas. Debido a estas distorsiones también tenderían a interpretar el comportamiento de sus víctimas de manera errónea.

Personalidad. Pocos suelen cumplir los criterios de parafilias, exceptuando a los sádicos. **A este respecto se indica que la mayoría de los agresores sexuales presentan una personalidad muy similar a la de los demás.**

1. Factores de riesgo estáticos, en incidentes al pasado de los sujetos y que no podemos cambiar.
2. Factores dinámicos, factores del sujeto o de su entorno y que aún pueden ser modificados. En este factor se distinguían dos subcategorías (Hanson y Harris, 1998), los factores dinámicos estables, que son útiles para las evoluciones de riesgo a largo plazo y los cambios duraderos y los factores dinámicos agudos, los que pueden darse cambios rápidos.

Ambos factores de riesgo condicionarían la carrera criminal de los delincuentes persistentes.

TABLA 1 PREDICTORES DE RIESGO DE REINCIDENCIA SEXUAL	
Predictores estáticos	Predictores dinámicos
1. Factor genérico: menor edad 2. Mayor número de delitos sexuales previos 3. Mayor número de delitos previos en general 4. Versatilidad delictiva (no especialización sexual) 5. Violencia en la realización de los delitos previos 6. Escalamiento en la gravedad de los delitos (violencia, víctimas menores) 7. Víctimas desconocidas 8. Tipo de víctima: -Femeninas (.17) -Masculinas (.20) -Infantiles (.22) -Adultas (.13) 9. El delito no ha sido resultado de algún estresor específico circunstancial 10. Evidencia de psicopatología grave (psicosis) o ingreso previo en psiquiátricos (.18) 11. Acciones excéntricas, rituales, fantasías desviadas recurrentes, uso de pornografía 12. Presentar varias parafilias (abusos, violaciones) 13. Perfil psicopático (PCL) (Factor I: Rasgos psicopáticos) (.18)	1. Negación o racionalización persistente del delito 2. Baja/nula motivación para seguir un tratamiento 3. Baja competencia interpersonal y, en general, factores de necesidad criminógena (cogniciones, valores y hábitos delictivos, amigos delincuentes, dependencia a drogas) 4. Alta excitación ante EE desviados y baja excitación ante EE adecuados 5. Bajo control de la conducta desviada 6. Carecer de pareja (.22) 7. Perfil psicopático (Factor II: Conducta antisocial, salvo la que corresponde al pasado)

Fuente: Redondo Illescas y otros, 2007.

Los factores de riesgo estáticos suelen ser factores inherentes al sujeto o a su pasado, y por ello de difícil o imposible alteración, mientras que los factores de riesgo dinámicos consisten en hábitos, valores, cogniciones, bajo estatus académico y social, bajo autocontrol, conflictos interpersonales, etc., que pueden modificarse en cierto grado mediante intervenciones oportunas.

Entre las características que distinguen a los sujetos reincidentes de los no-reincidentes se encuentran múltiples factores de riesgo estáticos, o inmodificables, que constituyen aspectos de su propia individualidad (p.ej., edad más joven, elevado perfil psicopático, alta

excitabilidad sexual) o de su experiencia pasada (p.ej., mayor duración de la carrera criminal, trayectorias laborales inestables, perfil de víctimas desconocidas).⁴⁷

4. El Modelo de Triple Riesgo Delictivo (Modelo TRD), desarrollado por Santiago Redondo (2008) aplicado a la comprensión del delito de agresión sexual.

En la Criminología española se ha propuesto recientemente un modelo que, si bien se ha planteado para conductas delictivas en general, se perfila como una alternativa muy interesante para avanzar tanto en la comprensión como en la predicción de la conducta de agresión sexual, si se adapta a las peculiaridades de este delito. Nos referimos al Modelo de Triple Riesgo Delictivo (Modelo TRD), desarrollado por Santiago Redondo (2008).

Tal y como establece Redondo (2008), el modelo de TRD puede considerarse innovador respecto a sus cinco propuestas principales, siendo estas las siguientes:

1. El modelo estima el riesgo de la conducta antisocial de los individuos concretos a través de un sistema operativo, mediante dimensiones continuas de riesgo.
2. El modelo organiza todas las dimensiones de riesgo en tres fuentes o categorías: dimensiones de riesgo personales, el apoyo prosocial de las oportunidades delictivas, definiendo una estructura general de interacción entre ellas.
3. Propone que la motivación antisocial de un individuo se definiría a partir de la combinación entre las dimensiones de riesgo personal y las dimensiones en el apoyo prosocial recibido, que se den en el sujeto.
4. Establece que la mejor forma de estimar el riesgo de la conducta antisocial, una vez se de cierta motivación antisocial en el sujeto, es la de tomar en consideración la influencia de la dimensión de riesgo en las oportunidades delictivas sobre sujeto.
5. El modelo TRD efectúa predicciones del riesgo delictivo presentes en una sociedad y realiza indicaciones sobre la prevención de la delincuencia, haciendo especial hincapié en la mejora del apoyo prosocial.

Se defiende que la aplicación del modelo TRD para un análisis integrador y complejo del comportamiento de la agresión sexual, permitirá no sólo avanzar en la comprensión y predicción de la conducta, sino también, sobre la base de las mejoras en estas dos áreas, diseñar intervenciones eficientes y proponer soluciones proactivas a un delito con gran relevancia e impacto social

II. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El Título VIII del CP dedicado a “Los delitos contra la libertad sexual” ha recibido numerosas modificaciones. Son especialmente importantes las realizadas por las LO 8/2021 de Protección Integral de los Menores y Adolescentes contra la violencia y por Disposición adicional 4ª de la Ley 10/ 2022 de 6 de septiembre de la Garantía Integral de la Libertad sexual (LOGILS) ⁴⁸. Y por la LO4/2023, de 27 de abril que reforma algunos aspectos dela

⁴⁷ Vid. <http://postc.umh.es/minipaper/la-reincidencia-sexual-breve-resumen-del-estado-de-la-cuestion/?s=09>

⁴⁸ La LOGILS modifica otros delitos como los delitos de trato degradante del art. 173.1 (sede en la que se encuentra ubicado el delito de acoso laboral), delitos relativos a la prostitución a la

ley organiza 10/2022.

Según se desprende del art. 1 de LOGILS el objeto de esta Ley es la adopción de medidas efectivas globales y coordinadas entre las diferentes administraciones públicas para garantizar una protección integral frente a cualquier forma de violencia sexual. Además de acciones de prevención y sensibilización la LOGILS introduce una serie de modificaciones penales en la regulación de los delitos contra la libertad sexual⁴⁹. Las novedades más mediáticas han sido eliminar la tradicional distinción entre agresiones y abusos sexuales y adoptar un modelo de consentimiento afirmativo, que exige a las partes de una relación sexual que se aseguren de contar con el consentimiento del otro expresado en los términos que señala el art. 178.1. Lo determinante para la tipicidad no es la presencia de la violencia o intimidación (cuya ausencia es ahora una señal de identidad del delito de acoso sexual) que antes daba paso a los tipos penales más graves de agresión sexual, mientras que se residenciaba en el abuso cualquier otro atentado en el que el consentimiento no existía (ataques sorpresivos) o era inválido (menor edad, abuso de superioridad, prevalimiento, etc.⁵⁰). A partir de la entrada en vigor de la LOGILS el CP solo contempla la modalidad de agresión sexual por inexistencia de consentimiento, sin perjuicio de que a efectos de penalidad, se atienda al concreto modo de comisión de la agresión.

Actualmente, los tipos penales que configuran los delitos contra la libertad sexual. Son los siguientes :

1. Agresiones sexuales
 - a. Agresiones sexuales contra mayores de 16 años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mayores de dieciséis años⁵¹ (arts. 179-180 CP).
 - b. Agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 181-183 bis CP).
 - b.1. Agresiones sexuales (art. 181 CP)
 - b.2. Hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de naturaleza sexual (art. 182) CP.
 - b.3. Ciber acoso o *grooming* (art. 183.1 CP)
 - b.4. Embaucamiento de un menor para que facilite material pornográfico (*sexting*) (art. 183.2 CP)
2. Delito de acoso sexual (art. 184 CP)

explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter), en sede de descubrimiento y revelación de secretos art. 197 CP).

⁴⁹ La LOGILS modifica otros delitos como los delitos de trato degradante del art. 173.1 (sede en la que se encuentra ubicado el delito de acoso laboral), delitos relativos a la prostitución a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 ter), en sede de descubrimiento y revelación de secretos art. 197 CP).

⁵⁰ CUERDA ARNAU, M.L., Delitos contra la libertad sexual (I), en GÓNZALEZ CUSSAC (coord.)/CARBONELL MATEU, J.C./MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, C./CUERDA ARNAU, M.L./BORJA JIMÉNEZ, E., *Derecho Penal. Parte Especial*. 8ª ed. (Valencia 2023), pp. 229-231.

⁵¹ El concepto de discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección vid. Art. 26 CP: A los efectos de este Código 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.

Asimismo a los efectos de este Código, 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.

3. Exhibicionismo y provocación sexual (arts. 183 y 184 CP).
4. Difusión de material pornográfico.

Fuera del Título VIII, hay otros delitos que guardan relación con aspectos de la intimidad sexual:

1. Entre los delitos contra la integridad moral se encuentra una modalidad de vejación injusta de carácter leve que castiga los comportamientos o proposiciones sexuales inapropiados (art. 173.4 CP), también llamado delito de acoso callejero.
2. Entre los delitos contra la intimidad se encuentra el delito de difusión no autorizada de imágenes obtenidas con consentimiento (art. 197.7).
3. Entre los delitos contra la Administración Pública el delito de solicitudes sexuales por parte de funcionario público (art. 443 CP).

1. El delito de agresiones sexuales

A los efectos de los delitos contemplados en los arts. 178, 179 y 180 CP se tutela la libertad sexual de las personas mayores de dieciséis años. La libertad sexual podría definirse como la facultad de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad, esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al aspecto venéreo. En consecuencia, se tutela penalmente que las personas puedan elegir o decidir de manera libre con qué persona, cuándo y cómo quieren mantener un encuentro sexual, con el consentimiento de éste por descontento y rechazar proposiciones no deseadas, y con más motivo repeler eventualmente ataques (ORTS BERENGUER).

La tutela penal de la libertad sexual se dispensa cualquiera que sea la clase de vida que lleve la víctima y sea cual sea la clase de relación personal que la una al sujeto activo (esto es, sigue siendo agresión sexual la copula con varón o mujer que ejerza la prostitución o con su cónyuge pues el matrimonio u otro tipo de relación afectiva de análoga significación al matrimonio aun sin convivencia o noviazgo no anula la libertad sexual⁵²). Al contrario, la agresión sexual en la que exista una relación de pareja entre agresor y víctima puede implicar la aplicación del tipo penal agravado descrito en el art. 180. 1.4ª. CP)

De esta tutela quedan excepcionadas las prácticas sexuales con un cadáver, en este caso no hay nunca un delito contra la libertad sexual, pues no afectando a una persona mal puede resultar lesionada su libertad sexual, y tampoco hay una coerción de la voluntad. En todo caso, habrá que valorar si se aplica el delito del art. 526 (profanación de cadáveres, pero es un delito que el TS dice que tutela los sentimientos religiosos).

Por lo que se refiere a las agresiones sexuales a los menores de dieciséis años (arts. 181 a 183 bis) la tutela se dispensa a su indemnidad sexual: esto es, su derecho a no ser molestados, a no sufrir daños en el terreno sexual y también los procesos de formación y socialización en el menor de edad de dieciséis años

En general son delitos de difícil probanza, esto es en la prueba de los hechos acaecidos, pues frecuentemente son cometidos en ámbitos de intimidad o clandestinidad, donde a veces la única prueba existente es el testimonio o declaración de la víctima. EL TS ha admitido en múltiples resoluciones que la prueba de los hechos acaecidos puede reposar sobre la sola declaración de la víctima, sin olvidar informes forenses⁵³.

⁵² STS 21 de mayo de 2019.

⁵³ Vid. los requisitos que debe reunir la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia (STS 12-02-2016 y STS 31-5-2019 en plataforma Teams).

Como ya hemos adelantado la LOGILS, modifica el CP y suprime la tradicional distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales, sin embargo es una supresión nominal pues la discusión se traslada a la penalidad. Es decir, a partir de la citada Ley a todo atentado a la libertad sexual se denomina “agresión sexual”, por inexistencia de consentimiento, pero como hay un amplio rango de modalidades de ataques a la libertad sexual, estas diferencias se trasladan al inevitable escalonamiento de la penalidad atendiendo al concreto modo de la comisión de la agresión.

A. Agresiones sexuales contra mayores de 16 años o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mayores de dieciséis años⁵⁴ (arts. 179-180 CP).

De acuerdo con los arts. 178. 179 y 180 todo atentado contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento constituye agresión sexual, y ello implica como mínimo:

1. Realizar cualquier acto que atente contra la libertad sexual de una persona sin su consentimiento.
2. Realizada sin consentimiento.

A partir de ahí, en función de la clase de acción sexual se distingue entre agresiones sexuales básicas (art. 178) y otras cualificadas (violación del art. 179). Por último, a ambas modalidades le resulta aplicable el catalogo de agresiones específicas previstas en el art. 180. Estos artículos debe ponerse en relación con las Disposiciones comunes recogidas en el Capítulo VI (arts. 190 a 194 bis) y en las que se abordan cuestiones como la reincidencia internacional derivada de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuestiones de perseguibilidad, inexistencia del perdón del ofendido, imposición de medida de libertad vigilada, agravaciones específicas, responsabilidad civil

La nueva formulación sitúa la acción nuclear en el “actos que atenten contra la libertad sexual”, por lo que debe ser interpretado como actos que se refieren a partes del cuerpo inequívocamente caracterizadas por su aptitud para producir satisfacción sexual,

El art. 179 castiga todo comportamiento lascivo realizado (menos los ataques que consistan en penetración vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal integrados en la agresiones cualificadas o violación del art. 179). La variedad de comportamientos incluidos es amplia (incluso los tocamientos sorprendidos o fugaces), pero todos han de significar un comportamiento de inequívoca significación sexual y ser susceptibles de vulnerar la libertad sexual del sujeto pasivo (ya sea hombre o mujer). Los comportamientos más frecuente es hacer objeto de tocamientos íntimos a la víctima o en hacer que la víctima realice los tocamientos en el cuerpo del agresor, pero también

⁵⁴ El concepto de discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección vid. Art. 26 CP: A los efectos de este Código 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.

Asimismo a los efectos de este Código, 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.

obligar a que la víctima se masturbe⁵⁵. Pero hay practicas con connotaciones evidentes y que aparecen en el DSM, como por ejemplo el fetichismo, voyeurismo, que no siempre presentan una carga de lesividad para integrar el hecho delictivo (obligar a entregar una prenda intima, permitir que le acaricie zapatos de tacón, etc.)⁵⁶.

En consecuencia, se trata de la realización de una acción lúbrica: esto es, de contenido sexual realizada sin consentimiento de la víctima o con ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo. Se parte de un modelo de consentimiento afirmativo: Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que en atención a las circunstancias del caso expresen de manera clara la voluntad de la persona. En la nueva redacción el consentimiento está definido en el art. 178.1 CP, de modo que se entenderá que concurre consentimiento *“cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”*. En todo caso la mera pasividad o el silencio no son prueba de que el consentimiento existe y hay obligación de cerciorarse de ello.

La definición legal de consentimiento remite a una cuestión probatoria (*la prueba de la existencia de actos que en atención a las circunstancias del caso expresen de manera clara la voluntad de la persona*) plagada de infinidad de matices circunstanciales y personales a resolver en sede judicial. Faltará el consentimiento siempre que el sujeto pasivo haya expresado su negativa o no se le haya dado oportunidad de expresarse. En todo caso, parece referirse a la existencia de un consentimiento previo, y no prestado a posteriori. En este último caso, no puede hablarse de consentimiento. Los actos que se manifiestan a posteriori de los hechos serán convalidación, indulgencia, perdón, pero no permiso, una perspectiva semejante sobre “el consentimiento, abriría la vieja perspectiva del perdón de la ofendida, que tantos inconvenientes ha producido cuando existía tal cláusula penal para excluir de responsabilidad penal al agresor. No hay que olvidar que estos delitos son delitos semipúblicos que necesitan siempre de la denuncia de la persona ofendida o de sus representante legales - en el caso de menores y personas con discapacidad- , y solo en casos muy especiales puede intervenir el Ministerio Fiscal mediante denuncia o querrela (art. 191 del CP). Vid. Circular de Fiscalía 1/2023.

Por su parte, el art. 178.2 dice que se considera en todo caso agresión sexual *los actos de contenido sexual empleando violencia o intimidación, o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad, la que se ejecute sobre personas que se encuentren privadas de sentido, o de cuya situación mental se abusare, o cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*.

En consecuencia, los supuestos en que se estima *iuris et de iure* ausente el consentimiento y en que los comportamientos de naturaleza sexual adquirirían siempre relevancia penal son los siguientes:

⁵⁵ Aunque la nueva formulación al castigar con los términos “actos” no queda muy claro si los actos que no implican corporeidad sexual o contacto físico, como por ejemplo, empleada que, por miedo a perder su puesto de trabajo, es obligada en una sola ocasión a presenciar los actos de autoerotismo de su empleador, sin que por ello fuera obligada a realizar o someterse a actos sexuales constituye una agresión sexual. Este comportamiento está castigado expresamente en el art. 182 CP pero solo en relación al que haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el actor no participe en ellos.

⁵⁶ Sobre los actos de carácter sexual que impliquen maltrato animal vid. delito de maltrato animal art. 340 bis CP.

- a. **Abuso de situación de superioridad:** El sujeto ha de ocupar una relación de superioridad y además ha de prevalerse de ella para relacionarse sexualmente con la víctima, es imprescindible de aprovecharse de esa ventaja para obtener el consentimiento. Esta superioridad puede tener origen en motivos muy diversos (edad, relación docente, relación laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, vecindad, desamparo de la víctima, temor reverencial, etc.).
- b. **Abuso de una situación de vulnerabilidad:** puede venir motivada por enfermedad, discapacidad, estado de desesperación o agotamiento extremo u otras situaciones personales).
- c. **Privación de sentido de la víctima:** no estamos ante una situación en que su voluntad resulte anulada sino ante una afectación que le impide captar la realidad y acomodar su conducta a tal conocimiento. No hay ausencia de conciencia sino pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas (ver sobre la escala de Glasgow diseñada para evaluar el nivel de conciencia en los seres humanos y SAP Madrid 862/2014 de 15 de setiembre). Persona desmayada, pérdida de conocimiento, narcotizada, anestesiada embriagada, dormida. En todos los casos enunciados la víctima ha de estar incapacitada para conducirse con autonomía por no estar en condiciones de ejercitar sus facultades, de captar la realidad y de acomodar su conducta a tal conocimiento.
- d. **Abuso de la situación mental de la víctima,** manipulación de víctima que padece una enfermedad mental grave que conlleva una profunda afección a las capacidades intelectuales y volitivas que le impide conocer el significado de sus actos y acomodar su comportamiento a dicho conocimiento en grado suficiente.

Dos condiciones:

- Que el sujeto pasivo padezca el trastorno mental y que el culpable se prevalga de dicho padecimiento.
 - Lo decisivo es que la persona con la que se mantiene la relación sexual, a consecuencia de una enfermedad, sufra una perturbación que le impida conocer el significado de su conducta y actuar en consonancia o de forma más clara. El trastorno debe imposibilitarle comprender y valorar el significado de la acción sexual realizada y acomodarse y comportarse con arreglo a dicha comprensión. Es preciso que el autor abuse de ese estado, lo que exige tener constancia del estado y aprovecharlo para dicho fin. A veces el TS se conforma con que el sujeto culpable sepa que la víctima padece una enfermedad mental.
- e. **o cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Anulación de la voluntad de la víctima :** Esta modalidad consistente en anular la voluntad de la víctima, aun no siendo imputable a quien la agrede, mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química idónea a tal efecto. No se trata de castigar a quien se aprovecha del estado de inconsciencia, que entraría en las dos modalidades anteriores, sino a quien provoca intencionadamente dicho estado para así abusar sexualmente de la víctima. No es necesario que la víctima se vea en un estado de absoluta inconsciencia, sino que se exige que su voluntad resulte anulada, que no está en disposición de oponerse a los deseos del asaltante (Vid. STS. 655/2022, de 29 de junio).

Las penas por el tipo básico van de 1 a 4 años, salvo que el juez o tribunal cuando no concurren las circunstancias agravantes del art. 180 CP, en atención a la menor entidad del caso y a las circunstancias del culpable puede imponer una pena más baja, como es la pena de prisión en su mitad inferior (de uno a dos años) o multa de 18 a 24 meses.

Tipo penal de agresión sexual agravado (art. 178. 3 CP)

Si la agresión sexual se hubiere cometido empujando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad su responsable será castigado con a pena de prisión de uno a cinco años.

Ahora bien, según el art. 179. 1 cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con una pena de 4 a 12 años.

La violencia : Violencia a los efectos del art. 178.3 CP equivale a fuerza física que se proyecta sobre el cuerpo de la víctima. Si la violencia se proyecta sobre otra persona a la cual está estrechamente vinculada la víctima (por ejemplo, el hijo/a de la víctima) no se trata de una agresión sexual caracterizada por el empleo de violencia, sino una agresión sexual con intimidación, lo que dará lugar aun concurso de agresión sexual y unas posibles lesiones o amenazas,

La violencia no debe ser irresistible o de gravedad inusitada (en este caso agravación específica del art. 180. 2ª), pero si suficiente o adecuada para el logro del fin perseguido. Se mide por su idoneidad, eficacia pero no por su cantidad: Debe ponderarse en relación al conjunto de circunstancias que rodea al hecho, tanto las concernientes a los sujetos, edades del autor y sujeto pasivo, fortaleza física en uno y otro, etc. como las relativas al lugar, ocasión, entorno.

Entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal (incluso una inmediatez temporal) de modo que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haber utilizado la primera, o dicho de otra forma, que la violencia tiene un carácter funcional (ordenada de medio a fin).

Cuando la víctima es de corta edad la violencia puede consistir simplemente en la acción de sujetarla.

La aplicación de la violencia no tiene por qué ser realizada por la misma persona , que materialmente realiza el ataque libidinoso, lo importante es que haya violencia proceda del autor, cómplice o un tercero. Así resulta evidente que incurre en agresión sexual el individuo que sin ejercer personalmente la violencia, tiene acceso carnal con mujer u hombre sujeta por tercero.

Situaciones que la víctima está imposibilitada para oponer resistencia por incapacidad física derivada de enfermedad, o de estar inmovilizada por medios mecánicos o por conservar una vida meramente vegetativa o hallarse en estado de desesperación y agotamiento extremo pueden integrar otras modalidades recogidas en el art. 178, pero todo acto violento conste además un maltrato.

La intimidación

Equivale al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto posible, irreparable y presente que infunda miedo en el ánimo de la víctima.

Agresión sexual cualificada o violación.

Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal equivale a unión sexual de dos personas, una necesariamente hombre con penetración de su órgano genital por una de las vías indicadas. Podrá ser típica la relación sexual de dos hombres, hombre- mujer, pero no entre mujeres. Las prácticas sexuales femeninas pueden encajar en las variantes de introducción de miembros corporales u objetos.

La segunda variante está constituida por la introducción de miembros corporales o de objetos por vía vaginal o anal. Por lo que se refiere a la clase de objetos a los que se refiere el artículo 178 debe entenderse una cosa inanimada y corpórea que respondiendo al designio lujurioso del sujeto activo debe ser apto en alguna medida para el ejercicio de la sexualidad (STS núm. 351/2021, de 28 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1732).

La agresión sexual no es un delito de propia mano, por lo que nada impide que se aprecie la autoría mediata.

Nada impide estimar la cooperación necesaria consistente en la ayuda preferentemente física, aunque también verbal (la amenaza o intimidación) como es sujetar, golpear a la víctima o amenazarla con causarle un mal inminente sino consiente la acción. Sucede frecuentemente que quien ayuda a otro a ejecutar el acceso carnal puede acabar ejecutándolo también. En estos casos habrá dos delitos de agresión sexual cualificada respondiendo los dos sujetos como autor de uno y cooperador necesaria del otro.

Respecto a la diferenciar la coautoría de la cooperación necesaria: la jurisprudencia es muy diversa y las resoluciones no son muy uniformes. A veces considera coautor al que realiza el acto violento (por ejemplo, colaborar con su presencia a intimidar a la víctima, hacer bajar a la mujer del coche para que la agredan o penetren otros malhechores, colocar un hacha en la frente de la víctima) y en otras resoluciones estos actos de fuerza o intimidación (sujetar, quedarse al margen como espectador, arrastrar a la víctima hasta el descampado, contribuir en los actos intimidantes previos para favorecer la agresión) resultan calificados como cooperación necesaria.

También cabe la cooperación necesaria por omisión cuando concurren estos requisitos:

Un **elemento objetivo** constituido por la omisión que en el supuesto de la coautoría debe ser causal o *condictio sine qua nom* del resultado típico y que en la complicidad basta que sea eficaz para la producción del resultado.

Un **elemento subjetivo** o voluntad dolosa de cooperar o de facilitar y cooperar causalmente a la producción del resultado (coautoría) o bien de facilitar el logro de aquel con voluntad meramente coadyudante (complicidad).

Un **elemento normativo** que está integrado por un específico deber de evitar la agresión sexual, derivado de un precepto jurídico o de una situación de peligro precedente creada por el omitente que le coloca en una situación de garante.

Otros supuestos:

Cómplice: impide que la amiga ayude a la víctima, presta preservativo al agresor.

Encubrimiento: ayudar al culpable a lavar las manchas de sangre del interior del vehículo y a quemar las fundas de los asientos.

Inductor: Ordenar a primo a que penetrara a la joven con la finalidad de convencerla para que ejerza la prostitución.

Agravaciones específicas (art. 180cP)

Están recogidas en el art. 180 y operan sobre las agresiones sexuales básicas del art. 178.1

(prisión de dos a ocho años) y sobre las agravadas del art. 178. 3 (prisión de cinco a diez años) y siete a quince para las del 179.1 y de doce a quince para las del art. 179 2. - No pueden tomarse en consideración si ya han sido valoradas para calificar el comportamiento como agresión.

a. Actuación en grupo: intervención de un mínimo de dos personas, además de la víctima pero actuando conjuntamente o sea puestos de acuerdo para agredir sexualmente al sujeto pasivo. No requiere que todos actúen o ejecuten la acción sexual, basta con que uno de los atacantes se limite a sujetarla.

b. Violencia de extrema gravedad o con actos de carácter particularmente degradante o vejatorio.

Doble fundamento la intensidad o contundencia del violencia y el carácter degradante o vejatorio de estas por su capacidad de humillar y rebajar al sujeto pasivo, ha de comportar una humillación añadida a la inmanente a la agresión sexual. Puede plantearse un eventual concurso con el delito de trato degradante previsto en el art. 173

c Especial vulnerabilidad de la víctima

Gravita sobre la vulnerabilidad de la víctima por su edad, enfermedad, discapacidad, la situación en la que se encuentra (avanzado estado de gestación) o cualquier otra circunstancia (salvo lo dispuesto en el art. 181 c. sobre agresiones sexuales a menores de cuatro años).

d. Cuando la víctima sea o haya sido pareja del agresor aun sin convivencia

La reforma ha añadido una nueva causa de agravación cuando la víctima es o haya sido esposa o mujer que este a haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

e. Cuando para la ejecución del delito la persona responsable se haya prevalido de una situación de convivencia, o de parentesco, ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

f. Medios peligrosos

El uso de medios peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquier de las lesiones previstas en los artículos 149 o 150.

No está claro el ámbito de aplicación de esta circunstancia agravante, pues la mera exhibición del arma o instrumento peligroso (navaja u otro instrumento cortante o punzante) entrañaría la intimidación del art. 179, y si se ha usado para lo que está concebida, disparar, pinchar, cortar, golpear, nos encontramos que casi inevitablemente producirá heridas por lo que estamos en las lesiones subsumible en los art. 148, 149 ... o ante una tentativa de dichas lesiones en las que ya se contempla la utilización de dichas armas (art. 148) por lo que valorarla nuevamente para apreciar el art. 148 entrañará aun a vulneración del *nem bis in idem*, pues su sanción ya iría embebida en el concurso con el delito de lesiones u el delito de homicidio.

g. Suministro de fármacos y/o drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Esta circunstancia introducida por el LO 10/2022 incide en los supuestos en que el autor directamente droga a la víctima con cualquier sustancia, anulando o reduciendo severamente la capacidad del sujeto pasivo tanto de expresar su consentimiento válido como

de ofrecer resistencia.

h. Cometida en el seno de una organización criminal

Hiperagravaciones: la concurrencia de dos o más circunstancias de las recogidas en el art. 180 dará lugar a una nueva agravación imponiendo al pena en su mitad superior.

b. Agresiones sexuales a menores de 16 años

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 también desaparece para los menores la distinción entre abusos sexuales y agresiones sexuales. Ahora todas las conductas realizadas de actos de carácter sexual realizadas con un menor de dieciséis años son agresiones sexuales. Incluso los que se realice el menor o con un tercero o los que se realice a petición del autor (excepto lo que dispone el art. 183 bis).

Por lo que se refiere a la determinación de la edad de la víctima bastará comprobar si la persona con la que el agresor ha tenido un relación sexual no ha cumplido los dieciséis años para que el delito se haya cometido. Se está hablando de una edad cronológica, no de una edad mental. Y el computo de la edad cronológica se calcula de momento a momento y para ello (día y hora de nacimiento) se aplica el art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Con respecto a si la pedofilia puede ser apreciada como eximente o como atenuante de la responsabilidad penal, varias sentencias del TS han exigido que para que la pedofilia pueda ser apreciada como eximente o como atenuante de la responsabilidad penal debe estar asociada a otro trastorno psíquico o anomalía, por si sola no priva de la capacidad de entender y de querer y actuar a quien está afectado por ella (STS 28-02-2003, STS 18_06-2004, STS 28-11-2014, STS. 20-10-2015., STS 24-02-2022).

Las modalidades de agresión sexual previstas para menores son idénticas a las previstas para adultos con la salvedad de que su consentimiento es irrelevante salvo para las relaciones sexuales que mantenga con personas próximas a su edad y grado de desarrollo y madurez física y psicológica (excepto en los casos del art. 183.2 porque en este supuesto el consentimiento no es libre).

Agravantes específicas

- 1ª. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- 2º. Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- 3ª. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
- 4ª. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga, aun sin convivencia.
- 5ª. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- 6ª. Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
- 7ª. Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES

Consideraciones previas

Las infinitas posibilidades que brindan las TIC hacen que los ataques a la libertad e indemnidad sexual del menor puedan adoptar diversas formas y etiquetas que en la práctica suelen alcanzar tal nivel de interrelación que resulta realmente dificultoso diferenciar unas de otras o aislarlas para su estudio, no solo por la frecuente superposición de las conductas victimizantes.

Sexting : consideraciones generales

El término “sexting” es un neologismo y proviene de la unión de los términos ingleses “sex” (sexo) y “texting” (texto, mensaje) y de forma simple se refiere al envío a través de la red (internet, whatsapp, redes sociales) de material de contenido erótico o pornográfico, como puede ser un vídeo o fotografía. Este término se empleó por primera vez en el periódico *The Daily Telegraph* en el año 2005 en un artículo que se tituló “*Sexting and Young People*”. En la actualidad aún no existe una definición comúnmente aceptada. Inicialmente se acuñó para identificar los mensajes de texto de contenido sexual intercambiados por adultos. Después se usó en un sentido más amplio haciendo referencia a la producción, a la cesión y al hecho de compartir imágenes autoproducidas (selfies) de contenido erótico por parte de adultos o menores.

En atención a esta definición de conducta el sexting consiste en la difusión o publicación de contenidos, normalmente fotografías de carácter sexual o pornográfico, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico, y se pueden distinguir dos conductas distintas abarcadas por el sexting:

- 1- El *sexting activo*, que supone la realización de autofotos o autovideos de contenido erótico, provocativo o sexual.
- 2- El *sexting pasivo*, que supone la recepción de fotografías o videos de contenido erótico, provocativo o sexual de otras personas.

En estrecha relación con la anterior, se ha clasificado las conductas en:

- 1- *Sexting primario*: comprende todas aquellas conductas que se realizan en el marco de las relaciones interpersonales de naturaleza exclusivamente privada, consistentes en la producción, la posesión o la transmisión, envío o cesión de un video o de una imagen de contenido sexual o pornográfico, que un adulto o un menor produce espontáneamente y que después, envía a su pareja o amigo/a.
- 2- *Sexting secundario*: comprende las conductas del que recibe ese video o imagen de contenido sexual y lo cede y difunde sin el consentimiento de su autor.

El sexting primario es una conducta lícita que no constituye infracción legal y que, en principio, no merece especial atención por parte del legislador. No obstante, desde el momento en que el contenido que se recibe se renvía sin el consentimiento o aprobación del primer emisor (sexting secundario), es cuando adquiere carácter delictivo.

La segunda tipología de sexting se lleva a cabo muy frecuentemente al acabar una relación sentimental entre coetáneos o fuera de una relación privada con la finalidad de humillar al

titular de la intimidad compartida o de causarle un daño o por venganza. En el caso de que la víctima sea el o la anterior compañera sentimental se habla también de *revenge porn* (literalmente “*venganza porno*”).

Los efectos negativos de las prácticas de sexting no es en sí mismo el envío y recepción de persona a persona, de un video o foto de contenido sexual, lo que sería el sexting primario; el peligro se encuentra en que la persona que lo recibe, lo puede reenviar a otra u otras listas de contactos haciendo que la transmisión se convierta en viral y llegue a un ilimitado número de destinatarios, de forma que el autor remitente pierde el control sobre la difusión. Estas imágenes o videos de contenido sexual, que afectan de manera directa a la intimidad, circulando en las redes sin control por la rapidez de su difusión que permiten las TIC'S pueden llegar a personas que las utilizan, a su vez, como la base de otras conductas delictivas como la *sextorsión*, si se utiliza para chantajear, como el *bullying*, si se emplean como medio de acoso, o como el *child grooming* si se pretende embaucar a menores con fines sexuales, entre otras.

La difusión y propagación a menudo viral, de las imágenes podrán causar traumas psicológicos tan fuertes que impidan en el normal desarrollo psíquico de la víctima, en sus relaciones personales, llevándolas, en casos extremos al suicidio⁵⁷. Existe, además, el riesgo, para nada secundario, de poder ser llamados a declarar en sede penal por la producción, la posesión, la difusión y la cesión de pornografía infantil. Por tanto, el menor puede ser, al mismo tiempo víctima y autor de un delito de pornografía infantil⁵⁸.

2-. El delito de difusión inconsentida de imágenes íntimas en mayores de dieciséis años (art. 197.7).

La regulación de la divulgación no autoriza de imágenes o grabaciones consentidas se castiga en el art. 197 del CP en el Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de secretos. El Preámbulo de la L.O. 1/15 de 30 de marzo justifica su introducción a la necesidad de dar respuesta a aquellos supuestos en que las imágenes y grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad. LA LOGILS añadió un segundo párrafo or el que se castiga al que hubiera recibido las imágenes las difundiere, revelara o cediere a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

La principal característica de este delito es que las imágenes o grabaciones audiovisuales íntimas han de ser obtenidas con la anuencia, esto es, con el consentimiento de la víctima, y posteriormente se difunden, revelan o ceden a terceros esas imágenes o grabaciones sin su consentimiento. Pero este consentimiento para obtener las imágenes no permite la libre

⁵⁷ Recuérdese el caso de la Tiziana Cantone, que acabó suicidándose tras sufrir acoso por la difusión de un video de contenido erótico o, por el contrario, la poca repercusión mediática de actuaciones como la de un jugador del Valencia CF en el año 2008 del que circulaba un video masturbándose. Las reacciones a este video “picante” según la prensa, eran graciosas y divertidas.
<https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20160915/italiana-se-suicida-acoso-video-sexual-expareja-5381156>

⁵⁸ El *sexting* y la pornografía infantil están muy relacionados. Muchas redes y foros de pornografía infantil se nutren de imágenes inicialmente sacadas por los propios menores que acaban en manos de gente que comercia con ellas o las intercambia. Además, la posesión o envío de las mismas es considerada en algunos lugares como delito de pornografía infantil y es el propio menor quien sufre las consecuencias jurídicas de sus actos.

difusión de dicho material por parte del sujeto activo, esto es, el consentimiento inicial no podía incluir o conllevar plena libertad para la disposición del material dado el elevado carácter íntimo del contenido que se exhibe, tal y como se pronuncia la FGE.

Se trata de un delito de resultado, por lo que es necesario que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. Y la difusión de un vídeo de marcado carácter sexual atenta directamente contra la intimidad, puesto que supone la injerencia de terceros en la vida o espacio privado del protagonista del contenido. Serán los Tribunales los que en cada caso determinen si se produce o no la afectación grave a la intimidad de la persona y por tanto si se produce el resultado exigido para que la conducta sea típica.⁵⁹

El bien jurídico protegido es la intimidad en su vertiente positiva, que se delimita a partir de la STC 134/ 1999 de 15 de julio (RTC/199/134) como “el poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”.

El núcleo de la conducta castigada descrita en el art 197.7º del CP se estructura en cuatro requisitos:

- 1.- Otener imágenes o grabaciones de la víctima con su anuencia,
- 2.- Difundir, revelar o ceder a terceros esas imágenes o grabaciones sin su consentimiento.
- 3.- Que se hayan filmado o grabado en lugares privados.
- 4.- Que menoscaben gravemente la intimidad del afectado.

Se trata de un delito de los llamados *tipo mixto alternativo* que puede cometerse bien difundiendo (que significa extendiendo, esparciendo, propagando físicamente), bien revelando (descubriendo o manifestando lo ignorado o secreto) o bien cediendo (dando, transfiriendo o traspasando a alguien una cosa) a terceros el material de contenido sexual.

Requisito esencial es que tales acciones se lleven a cabo sin la autorización de la víctima.

Este requisito de la autorización del afectado por la difusión no exige acreditar una negativa expresa, sino que bastará con la no constancia de autorización, a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento de la ulterior cesión o distribución por parte del afectado. (*Circular 3/2017 de la FGE*).

En cuanto al *objeto material* viene constituido por las imágenes o videos que se refieran a una actividad íntima, por lo tanto, hay que atender a dos aspectos: a la imagen y a la naturaleza íntima de esta.

Respecto de la *primera dimensión*, hay que incluir tanto contenidos visuales como audiovisuales, y quedan excluidas en un principio manifestaciones íntimas que se recojan en grabaciones de voz o en textos escritos, pues parece que solo se dispensa protección a la imagen.

La *segunda dimensión* del objeto material vendría marcada por la naturaleza íntima de la imagen, lo que hace referencia a las de contenido sexual, pero no exclusivamente. También encuentran acogida imágenes que afecten a otros ámbitos de la intimidad como puedan ser la ideología política, la fe religiosa, aspectos que afectan a la salud, o la propia orientación sexual. En cuanto al contenido de las imágenes, en el ámbito sexual, se plantea la duda de si para ser íntimas han de tener un carácter sexual explícito, o si basta con que tengan una

⁵⁹ Así, en la **SAP de Madrid núm. 515/18 de 19/7/18** se condena por delito del artículo 197.7º al que grabó con la víctima un video en su teléfono móvil y posteriormente, haciéndose pasar por la víctima, publica una fotografía de la víctima con un pene en la barbilla. Se concluye que se acreditó la afectación grave de la intimidad de la víctima.

connotación erótica.

Resulta suficiente con que se vea afectada la esfera de la sexualidad, por lo que un simple desnudo que se quiera mantener en el ámbito de la privacidad sería suficiente para que la intimidad se viera afectada. Así, se ha pronunciado el T.S. en la Sentencia 70/2020, del 24 de febrero.

Dichas imágenes, para ser íntimas, según el precepto, deben cumplir dos requisitos:

- En primer lugar, y como resulta obvio, han de afectar a alguna de las esferas que se reservan a la intimidad y a las que he hecho referencia anteriormente.
- En segundo lugar, no deben ser públicas; esto es, han de haber sido obtenidas en “un domicilio o fuera de la vista de terceros” según la dicción legal. Este segundo requisito se refiere a la idea de que la imagen o imágenes se hubieren captado en un contexto de intimidad o confianza, que es lo que dota de contenido de injusto a la acción y genera la expectativa de intimidad necesaria en este tipo.

Es decir, que no se hayan tomado a la vista del público, pues entonces perderían su carácter de privadas.

Lo importante, en definitiva, es que la imagen sea íntima, que afecte a los aspectos que conforman el núcleo sensible de la intimidad y, que su protagonista no autorice a que pierdan su carácter privado.

Y ello, con independencia también de si esa persona ha autorizado en otras ocasiones la divulgación de imágenes semejantes.

En todo caso, esta conducta típica se caracteriza por las siguientes notas:

- 1- Voluntariedad o consentimiento inicial de la víctima para la grabación de las imágenes. Por lo tanto, el autor será el productor de estos contenidos y va a ser también el responsable del primer paso en su difusión.
- 2- Contenido íntimo de las imágenes enviadas por el protagonista de las mismas deben tener un contenido sexual o erótico
- 3- Edad: las conductas suelen llevarse a cabo por adultos y adolescentes.
- 4- Empleo de las TIC: se requiere la utilización de dispositivos tecnológicos para la difusión de las imágenes, facilitando su envío a otras personas. El más frecuente entre los menores es el teléfono móvil con cámara, que permite producir las imágenes en cualquier lugar y tiempo. Pero también la webcam.
- 5- El lugar donde se realiza la grabación o captación de imágenes tiene que ser un contexto privado o íntimo y fuera del alcance de terceros.

El art. 197.7º C.P prevé como tipos cualificados:

- a) Cuando las imágenes las difunde el cónyuge o persona a la que está o haya estado unida por análoga relación de afectividad.
- b) Cuando el sujeto pasivo o víctima sea un menor de edad o una persona con discapacidad⁶⁰.

⁶⁰ En fecha 15 de agosto de 2018, la sección primera de la Audiencia Provincial de Burgos (Sentencia 228/2018) estimó los recursos de apelación interpuestos por dos menores condenados en primera instancia por delitos contra la intimidad en sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Burgos de 27 de diciembre de 2016 . La sentencia declara los siguientes hechos probados: dos chicas menores de edad enviaron por Whatsapp a un amigo menor de catorce años varias fotografías (en sujetador y con el torso desnudo), quien las envió a uno de los menores condenados en primera

- c) Cuando la conducta típica se comenta con una finalidad lucrativa. El nuevo artículo 197.7º del Código Penal no exige que el contexto de la difusión sea sexual.

En consecuencia cuando la imágenes difundidas hacen referencia a las de contenido sexual: también hablamos de sexting (no confundir a el delito de embaucamiento del art. 183.2 al que también se denomina sexting)

3. ¿En que consiste la conducta denominada criminológicamente como Revenge Porn?

En este ámbito de las conductas de difusión in consentida de imágenes íntimas merece consideración especial la conocida criminológicamente como “*revenge porn*” (literalmente venganza porno), que es un supuesto de *sexting* secundario en que la víctima, esto es, la /el protagonista de la imagen o vídeo es una expareja y la divulgación se hace con la finalidad de venganza, daño o humillación⁶¹.

El TS en la reciente sentencia de fecha 24/02/20 condena a un hombre que envió desde su teléfono móvil una foto de una amiga desnuda, que previamente ella misma le había mandado, al compañero sentimental de ésta sin su consentimiento

En esta sentencia se alude al daño que hacen los amantes despechados que se vengan de su pareja con el *revenge porn*, difundiendo imágenes que no fueron concebidas para su visión por terceros; y afirma que la sociedad no puede permanecer indiferente a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión

4. Sextorsión.

Este neologismo tiene su origen en el inglés *sextortion* que es una forma de explotación sexual en la cual se chantajea a una persona por medio de una imagen de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante *sexting*. La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el/la chantajista, para producir pornografía u otras acciones. El chantaje se suele realizar por Internet, ya que asegura un cierto grado de anonimato al criminal. La sextorsión es, por tanto, una modalidad de sexting que tiene lugar cuando tales imágenes o grabaciones son usadas para amenazar, chantajear o extorsionar a la víctima mediante la difusión de las mismas.

La sextorsión puede ser:

- a menores de edad o a adultos.

instancia. Éste envió las fotografías al otro menor condenado en primera instancia, quien las difundió en un grupo de Whatsapp.

⁶¹ La sentencia de 7 de septiembre de 2017, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valencia declara los siguientes hechos probados: que la víctima, a petición del acusado (a quien había conocido a través de redes sociales), envió una fotografía a su teléfono en la que se mostraba desnuda de cintura para arriba. Que al día siguiente se conocieron en un bar del pueblo de la víctima, donde el acusado le dijo que colgaría por el pueblo la fotografía si no mantenían relaciones sexuales. Que al día siguiente vio en la pared de un edificio un folio con la fotografía impresa y en la que aparecía el siguiente mensaje: "ofrezco compañía por ayuda económica" y el número de teléfono de la víctima. Además, otro folio igual apareció en otra pared a las afueras del pueblo. Días después, la víctima recibió dos SMS del acusado en los que le decía que volvería al pueblo a poner más fotos y que si no quería que pusiera más, le hablara por WhatsApp.

- con imágenes obtenidas mediante webcam, email, mensajería instantánea, teléfonos u otros dispositivos móviles; es decir, por todos los medios que sirven para realizar *sexting*.
- con objeto de un abuso sexual, una explotación pornográfica para uso privado, para redes pedófilas o comercial,
- una extorsión económica o cualquier otro tipo de coacción puntual o continuada.
- Realizada por conocidos, ex-parejas sentimentales o personas desconocidas.

La sextorsión puede darse en el ámbito de la violencia doméstica y de género cuando él o ella, teniendo imágenes de la pareja, y habiéndose separado o divorciado, o en trámites de ello, amenaza a su pareja o expareja con la difusión de las imágenes si, por ejemplo, no accede a sus pretensiones, que pueden ser de muy distinto signo, desde exigir que siga con él o ella, o cualesquiera otras. Pero, esta conducta no encuentra acomodo en el tipo penal ahora analizado, sino más bien en el de las coacciones del art. 172.1 CP.

En cuanto a la jurisprudencia sobre la conducta de sextorsión, se invoca la STS 3040/18 de 23/7/18, En esta sentencia, el TS confirma la condena a 22 años y siete meses de prisión por delitos continuados de abusos sexuales cometidos por internet conocidos como “sextorsión” o extorsión sexual y contra la intimidad del art. 197 CP, a un hombre que chantajeó por Internet a cinco mujeres para que realizaran prácticas sexuales ante él con la cámara web, tras acceder a archivos personales comprometedores de las víctimas mediante un virus informático que le permitió acceder a sus contenidos y la amenaza de divulgar fotos comprometedoras de las víctimas si se negaban a tener relaciones de contenido sexual, virtuales, con el condenado.⁶²

⁶² STS 377/2018 de 23 de julio, **Supuesto de hecho:** El acusado chantajeó a cinco mujeres para que mantuvieran sexo con él a través de una cámara web después de haber accedido a sus archivos personales en los que aparecían desnudas o desarrollando conductas de conducta sexual. **Criterio o ratio decidendi** La Sala condena al acusado por cuatro delitos de abuso sexual continuado cometido contra tres de las mujeres y lo condena también por delitos de amenazas y contra la intimidad de todas las víctimas.

Por cada uno de los delitos de abuso le imponen una pena de entre 21 meses y 8 años de prisión, en función del tiempo por el que se prolongaron los abusos y los actos que se viera obligada a hacer la víctima.

El acusado entre 2005 y 2010, para acceder a los archivos personales de contenido sexual que cada una de ellas tenía en su ordenador, les enviaba un correo electrónico que al abrirlo introducía un virus, lo que le permitía acceder a todos los contenidos. Después de advertirles que podía difundirlos y causarles un grave perjuicio, logró que tres de ellas, según los hechos probados, admitieran mantener contactos con él a través de un programa de mensajería instantánea mediante una cámara web.

Las víctimas se vieron obligadas a llevar a cabo ante él, y por el ordenador, actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas comprometedoras que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos que fueron detectados por los agentes policiales.

De esta manera, la Sala considera que existió comisión del delito de abuso sexual de carácter virtual o por internet y que este tipo delictivo no requiere de modo específico un «contacto sexual» directo por parte del autor de delitos, sino de «actos que vayan encaminados a atentar con la libertad sexual» de las víctimas, que es lo que se describe en los hechos probados que demuestran actos claramente atentatorios a la libertad sexual de las víctimas y llevados a cabo sin su consentimiento.

En la actualidad, la práctica de la sextorsión estaría castigada con el art. 172 del CP como una coacción, ya que en realidad el nuevo tipo penal del art. 197.7 CP no castiga la extorsión en estos casos, lo que obliga a utilizar otros tipos penales donde tenga cabida esta coacción, que lo es, para conseguir un actuar de la víctima bajo la amenaza de la difusión de las imágenes. Si además las difundiera, se sancionarían los dos hechos, ya que un delito sería la coacción y otro el del art. 197.7 CP por haber difundido las imágenes si la víctima no hubiera accedido a las pretensiones del autor.

Obviamente si tiene lugar el comportamiento sexual exigido a la víctima entramos en el ámbito de las agresiones sexuales agravadas.

4. Ciber acosos o grooming

- Introducción al Ciber grooming

El término “*child grooming*” es un anglicismo que tiene como punto de partida en su definición, la interpretación gramatical del término “*grooming*” que procede del verbo “*to groom*” y cuyo significado es “preparar o entrenar a alguien para un trabajo importante o cargo”. Inicialmente, por tanto, el término no tiene un matiz negativo. Pero de él deriva también el significado jurídico penal específico, cuando esa acción de “preparar o entrenar” se realiza por un adulto que resulta atraído sexualmente por los niños/niñas. En este caso, la definición debe ser la de preparar a un menor para un encuentro, especialmente cuando se usa una conversación por un canal de internet con la intención de llevar a cabo un acto sexual ilegal; son, por tanto, acciones llevadas a cabo por un adulto para de forma deliberada, establecer una relación y un control emocional sobre un niño/a con la intención de preparar el terreno para un posterior abuso sexual a dicho menor.

El anglicismo, *child grooming* se viene utilizando para describir las conductas que lleva a cabo el potencial abusador/agresor sexual de menores, a fin de contactar y ganarse su confianza, ya sea personalmente ya sea a través de internet. De teléfono o cualquier otra tecnología de la comunicación. Se trataría de realizar una acción de preparación, embaucamiento o seducción de niños/as menores de 16 años para cometer los actos sexuales. El *grooming* de menores en Internet es, por tanto, un fenómeno de seducción y que se utiliza para describir las prácticas online de ciertos adultos para ganarse la confianza de un (o una) menor fingiendo empatía, cariño, etc. con fines de satisfacción sexual (como mínimo, y casi siempre, obtener imágenes del/a menor desnudo/a o realizando actos sexuales).

Por tanto, el *child grooming* está muy relacionado con la Pederastia y pornografía infantil en

«Ante la proliferación de este tipo de casos de abusos sexuales por internet sin consentimiento de la víctima y con el empleo de la extorsión de divulgar imágenes o vídeos de las víctimas se ha empezado a utilizar el término sextorsión, para calificar este tipo de actos (...). Generalmente el “modus operandi” consiste en la mecánica por la que el autor del delito envía un correo electrónico a su víctima con un enlace atractivo para ella y al pinchar en el mismo se descarga el “malware” en su ordenador. Con ello el criminal ya tiene acceso a sus contenidos y podrá descargarse archivos e imágenes o vídeos, que constituye luego la extorsión, lo que lleva a calificar los actos como sextorsión», señala la Sala. Y resalta además que la sextorsión está relacionada con el delito de sexting del art. 197.7 CP si se difunden las imágenes, con la agravante de que éstas se obtuvieron sin consentimiento, lo que nos llevaría al art. 197.3 CP

Internet. De hecho, el *grooming* es, en muchas ocasiones, el paso previo, la antesala de una agresión sexual, porque abarca todas las conductas preparatorias (todo el proceso de seducción). Recordemos que por debajo de 16 años el menor no tiene libertad de consentimiento en la esfera sexual salvo que concurran los presupuestos descritos en la excusa absolutoria 183 bis.

Desde el punto de vista criminológico el FBI (*Federal Bureau of Investigation*, que es la principal agencia de investigación criminal del Departamento de Justicia de Estados Unidos), atendiendo a las características del autor de estos comportamientos, diferencia entre:

- Aquellos sujetos que se limitan y conforman con coleccionar de forma anónima las imágenes de pornografía infantil que obtienen de esta manera. Unas veces comparten estas imágenes y otras veces las destinan a su exclusivo uso propio.
- Aquellos sujetos que no se conforman con lo anterior y lo que buscan es un encuentro en directo, cara a cara con el menor y siempre con intenciones sexuales.

Los elementos que caracterizan la concreta conducta de *online child grooming* (estamos centrándonos en los delitos cometidos con las TIC's) son los siguientes, que sirven para diferenciarla del cyberbullying:

- se produce entre un adulto (agresor) y un menor (víctima), pudiendo existir una diferencia de edad significativa entre ellos, aunque ahora con los avances de la tecnología y el conocimiento de ésta por los menores, se empiezan a producir también de forma importante entre los menores (con clara predominancia) .

- el acosador pretende con su conducta, obtener beneficios de naturaleza sexual.

- se trata de un proceso gradual que requiere que las distintas fases del mismo se cumplan en su totalidad y por el siguiente orden para estimar que el grooming se ha cometido por completo:

- a) La forma de cometer el grooming es utilizando internet. El adulto accede a la red y observa los comentarios que hace el menor que le interesa, analiza sus gustos, indaga en que webs o grupos está e interviene, etc. Es decir, estudia el comportamiento del menor en la red a partir de toda la información que internet le ofrece (gustos, comentarios, sitios que frecuenta, datos sobre su vida, etc.) Una vez que tiene un conocimiento del menor, se hace pasar normalmente por otro menor de edad similar a la de la víctima e intenta establecer el contacto con él hablando de que visita las mismas páginas, que está en los mismos grupos y que tiene gustos similares y cosas en común. Utiliza la misma jerga y lenguaje para empatizar más.
- b) Se logra el contacto y con él un acercamiento entre el menor y adulto favorecido por ese previo contacto a través de vías telemáticas, valiéndose de las redes sociales, de juegos en línea, de foros y de todos aquellos servicios de internet que facilitan el contactar y establecer relación entre los usuarios.
- c) Poco a poco, el adulto consigue establecer una relación de confianza con el menor. Y una vez establecida, intenta consolidar esa confianza y lograr su amistad, contándole cosas que dice que son íntimas o que son secretas o le hace confesiones para impresionarle o ganárselo, siendo inventado y falso todo lo que le cuenta. Tras ganarse al menor, comienza a derivar las conversaciones hacia la obtención de datos personales y hacia el tema sexual e incluso le envía imágenes de contenido pornográfico. También una vez establecida la amistad, el acosador propone al menor seguir comunicándose fuera de los foros para evitar ser descubierto y para ello le pide continuar a

través de vías o herramientas más privadas.

- d) Al final, el adulto empieza a solicitarle una entrevista íntima o bien que le mande fotos o vídeos o imágenes en la webcam y le envía imágenes de otros menores. Si consigue que le envíe alguna, le exige más bajo la amenaza de que si no lo hace, colgará en la red las imágenes o vídeos que ya le ha enviado antes o lo amenaza o coacciona con la información que ha obtenido de él en las fases anteriores; o, el adulto finalmente consigue, de igual forma, el contacto físico con el menor para culminar el abuso.

4.1. La regulación del ciberacoso o grooming en el Código penal español

El art. 183⁶³ dispone textualmente que

*“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer **cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento**, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

En este precepto se recogen dos conductas que son distintas: en el nº 1, la de proponer concertar un encuentro con el fin de cometer un delito sexual y en el nº 2 la de embaucamiento para obtener material pornográfico. Pero las dos resultan muy próximas porque es previsible que, se verifiquen simultáneamente o incluso se solapen y refuercen la una a la otra, por lo que se estima acertada su ubicación sistemática en el mismo precepto.

1.1.1. Art. 183 1. Conducta del ciberacoso o child grooming

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

1. El delito del art 183 1º del C.P. es **un delito de peligro concreto** ya que se configura

⁶³ También reformada por LO 10/2022 de 30 de septiembre de Garantía Integral de la Libertad sexual.

atendiendo, no a la lesión efectiva del bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor), sino a un comportamiento peligroso para ese bien. Es un delito de peligro concreto en cuanto el tipo penal exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento.

2. Este delito también tiene naturaleza de **acto preparatorio, se sitúa en el paso previo al inicio de la ejecución de los delitos planeados por el sujeto activo** (los del art 181 o del art 189). Se exige el contacto con menor, a través de las vías indicadas; la propuesta de encuentro con el menor para agredirle sexualmente -en los términos tipificados en el art. 181-, para que participe en espectáculos pornográficos o exhibicionistas o para elaborar, producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición de pornografía infantil -art. 189-.

Con esta regulación, el legislador penal adelanta el momento de la intervención penal, pues para cumplir el tipo penal basta con concertar la cita y realizar actos de acercamiento al menor, sin que se exija que el encuentro definitivo con el menor se llegue a producir. Este tipo penal se configura también como **delito doloso** y no cabe su comisión por imprudencia. El sujeto conoce que está preparando a un menor de 16 años para cometer alguno de los delitos del art 181 o 189.

El actual art. 183 C.P. exige la concurrencia de los requisitos típicos de forma acumulativa, configurándose como un tipo mixto acumulativo. Los elementos objetivos del tipo son:

a) contactar con un menor de 16 años a través de las TIC

El modo de contactar se establece como clausula abierta pues se admite que sea “internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación”. En este delito destaca fundamentalmente el uso de internet y de las redes sociales. Esta exigencia excluiría del tipo el contacto directo personal⁶⁴.

b). proponer un encuentro al menor.

Es el segundo paso, si bien el contacto y la proposición de encuentro se pueden producir sucesiva o simultáneamente de forma conjunta. La propuesta no tiene que ser reiterada, sino idónea para que el menor la acepte. El tipo penal no exige que esta propuesta tenga que ser aceptada por el menor. Sin embargo, alguna jurisprudencia aislada lo viene exigiendo y así, entre otras, la STS 97/15 de 24 de febrero dispone que es necesaria la aceptación y lo fundamenta en que “...la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta, no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma...”

c). Realizar actos materiales encaminados al acercamiento

Los actos de acercamiento **tienen que ir más allá de una aproximación virtual**, incluyendo actos de aproximación física para el encuentro que refuercen los otros actos previos de contacto. No basta una proposición para un encuentro virtual.

Se entiende que éste debe ser el sentido que debe darse al “acercamiento” toda vez que hay que tener presente que este requisito deriva del que se exige en el mismo sentido en las

⁶⁴ Sin embargo, conforme a la STS 97/2015 de 24 de febrero el precepto no especifica si el contacto por TIC que se castiga es el inicial o el derivado. Por ello, “si lo que se busca es castigar esas conductas por la facilidad que supone la utilización de las TICs para captar al menor, esa captación a veces, no se agota con los contactos iniciales, por lo que resultaría aplicable este tipo penal si tras unos contactos iniciales personales, le sigue la captación del menor por medios tecnológicos (por ejemplo, profesor o monitor conocido por el menor).

normas internacionales en esta materia, concretamente, el art. 23 de la Convención de Lanzarote (Convenio del Consejo de Europa 2017), en el que se utiliza el término “encuentro”. Esta interpretación resulta también de la propia redacción del art. 183 del C.P. que habla de “contactos” y de “acercamiento”, como actos distintos.

El art 183 establece un *numerus apertus* de actos materiales para el acercamiento, que el legislador no ha acotado a la vista de las ilimitadas formas de realizarlos y siendo los Tribunales los que, analizando las circunstancias de cada caso, determinarán cuáles deben considerarse actos materiales encaminados al acercamiento. En todo caso, tienen que ser actos dirigidos a hacer efectivo el encuentro, y deben ser creíbles, descartándose los actos poco serios, poco creíbles o inverosímiles y deben trascender del mundo virtual, deben ser actos tangibles lo que requerirá una actuación física o presencial.

No se descarta la comisión del delito en el caso de que el adulto realice la propuesta de encuentro que es rechazada explícitamente por el menor al que se dirige, pero, pese a esa negativa, el adulto realiza actos concretos de acercamiento al mismo como, por ejemplo, aparecerle en lugares en que sabe que está (como un parque, el colegio, proximidad de su domicilio, camino al centro escolar). Si se acredita la propuesta rechazada, pero también los actos concretos de acercamiento, se entiende cometido el delito del art. 183 ter. Y también se considera cometido el delito, cuando se produce el contacto, se acepta por el menor la cita propuesta, se llevan a cabo por el adulto los actos de acercamiento, pero finalmente el menor no se presenta a la cita.

d). que con estas conductas se persiga cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189.

Esta es la finalidad perseguida por el autor con la conducta previamente desarrollada. Pero no es necesaria la comisión efectiva de los delitos del art 181 (agresiones sexuales a menores de 16 años) y del art 189 (utilización de los menores para fines pornográficos o exhibicionistas) para que se considere consumado el tipo del art 183 1º del C.P. Si estas últimas conductas delictivas llegan a realizarse, estaremos ante un concurso de delitos.

Con la remisión que se hace a estos preceptos se da cumplimiento al art 6.1 de la Directiva 2011/93/UE, que remite igualmente a abusos y agresiones sexuales a menores.

e) Por último, este tipo penal recoge en su último párrafo una agravación para el caso de que el acercamiento con el menor se consiga con coacción, intimidación o engaño. Es habitual el uso de la amenaza, cuando tras contactar con el menor y conseguir que le envíe alguna imagen, el adulto pretende obtener que le envíe más y el menor se niega y es cuando lo amenaza, por ejemplo, con difundir alguna foto comprometida que ya le haya enviado antes.

El delito de Embaucar un menor para que facilite material pornográfico o le muestre material pornográfico en las que se represente o aparezca un menor (sexting)

El artículo 183 2 CP recoge la actividad conocida también como “*sexting*” (no confundir con la castigada en el art. 197) o envío de material pornográfico online : *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.*

El tipo exige que el contacto por alguna de las vías indicadas con menor de dieciséis se realice embaucando el sujeto activo a éste.

Costa de dos acciones principales: 1) contactar con el menor a través de un medio online y 2) realizar actos dirigidos a embaucarle par que facilite material o imágenes pornográficas

Embaucar es engañar, alucinar prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado, lo que parece exigir que el menor contactado sea ingenuo en materia sexual y que de ello se aproveche, dolosamente, el sujeto activo. La finalidad perseguida es que el menor contactado proporcione (al autor) material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, pudiendo ser éstas, tanto del menor contactado como de otro.

Se tipifica, de nuevo, un acto preparatorio -en este caso de un delito de pornografía infantil del art. 189- y debe tenerse en cuenta que si el menor contactado envía las imágenes pornográficas en las que aparece otro menor, aquél menor comete un delito del art. 189 del Código Penal.

En la versión español el sujeto activo puede ser cualquiera incluso un menor, mientras que la Directiva exigía que fuese adulto.

La cláusula del art 183 bis . “La Claúsula Romeo y Julieta”

La reforma de la L.O.1/15, determinó la elevación de la edad de trece a 16 años para el consentimiento sexual válido. Todos los comportamientos sexuales con un menor de edad son en principio ilícitos. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad -de menos de dieciocho años pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Sin embargo, el legislador también introdujo una cláusula de exención de responsabilidad penal (excusa absolutoria), reconociendo eficacia al consentimiento prestado libremente por un menor de 16 años (salvo que concurre alguna de las circunstancias del art. 178.2) siempre que el autor sea una persona próxima al menor por su edad y grado de desarrollo o madurez.

Artículo 183 bis El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto que concurra alguno de los supuestos del apartado dos del artículo 178 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Se requiere por tanto la concurrencia de los requisitos:

- Que el menor de 16 años consiente libremente
- Que el autor esté próximo por edad al menor
- Que el autor esté próximo por desarrollo madurativo al menor

Tal exención de responsabilidad penal, concurriendo estos elementos no se aplica cuando concurre alguna de las circunstancias del art. 178.2

El fundamento de esta cláusula de exención está en tratar de evitar interpretaciones estrictas del art 183 bis que conducirían a castigar relaciones sexuales consentidas libremente entre jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales de edad y madurez. Y para ello, el legislador español utiliza un criterio mixto con dos parámetros: uno cronológico, edad próxima, y otro biopsicosocial, madurez similar, entendida la madurez de una persona como capacidad de entender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, lo cual no va ligada de manera uniforme a la edad cronológica, por lo que ambos elementos deberán analizarse caso por caso. Y cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor será la necesidad de acreditar la semejanza en cuanto a la madurez o desarrollo entre los implicados⁶⁵.

6. El delito de pornografía infantil.

La venta de material de pornografía infantil es muy lucrativa, dado que los coleccionistas están dispuestos a pagar grandes cantidades por películas e imágenes que muestren niños en un contexto sexual. Los motores de búsqueda permiten encontrar este tipo de material con rapidez. La mayor parte de este material se intercambia en foros cerrados protegidos con contraseña, a los que difícilmente pueden acceder los usuarios ordinarios de Internet y las fuerzas de seguridad. Así pues, las operaciones encubiertas son frecuentes para luchar contra la pornografía infantil.

Hay dos factores básicos de la utilización de las TIC que plantean dificultades en la investigación de delitos relacionados con el intercambio de pornografía infantil:

a) La utilización de divisas virtuales y pagos anónimos:

El pago en metálico por ciertas mercancías permite al comprador ocultar su identidad, razón por la cual es el modo de pago predominante muchas actividades delictivas. La demanda de pagos anónimos ha dado lugar a la aparición de sistemas de pago virtual y divisas virtuales. Al pagar con divisas virtuales no se exige la identificación y la validación, lo que impide a las fuerzas de seguridad rastrear el intercambio de divisas para encontrar a los delincuentes. Las recientes investigaciones sobre pornografía infantil han conseguido dar con los infractores siguiendo la pista de los pagos efectuados por éstos. Sin embargo, cuando los infractores efectúan pagos anónimos resulta difícil rastrearlos.

b) La utilización de tecnología de cifrado:

Los autores de estos delitos recurren cada vez más al cifrado de sus mensajes. Las fuerzas de seguridad se han percatado de que los infractores utilizan técnicas de cifrado para proteger la información almacenada en sus discos duros, lo que dificulta las investigaciones penales.

Además de una penalización general de los actos relacionados con la pornografía infantil, se está estudiando la posibilidad de recurrir a otros métodos, tales como imponer a los

⁶⁵ En tal sentido, la STS nº1001/2016 de 18 de enero que establece que “*el nuevo art. 183quater no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre; pero sin embargo si se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente, cuando aquel pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen en cada caso*”

proveedores de servicios Internet la obligación de registrar a los usuarios o de bloquear o filtrar el acceso a sitios web que contengan contenido de pornografía infantil

6.1. Concepto y clases de Pornografía Infantil

Con base en la Directiva 2011/93 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,⁶⁶ el Preámbulo de la reforma penal por L.O. 1/2015 de 30 de marzo considera que dentro de esta definición debe incluirse tanto el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, como las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

Sin embargo el art. 189.1 CP define legalmente el concepto de *pornografía infantil* la los efectos del Título VIII CP (delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual): “se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

La concreción legal en el material visual, implica la exclusión del concepto del material pornográfico escrito (novelas, relatos) y los objetos que sí encajaban en el de “material pornográfico” en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual⁶⁷. La pornografía

⁶⁶ La Directiva 2011/93/UE entró en vigor el 17 de diciembre de 2011 y establece normas fundamentales relativas a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

⁶⁷ El artículo 186 CP, castiga a quien por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces. El Sujeto activo puede ser cualquiera, hombre o mujer, incluso un menor de edad. Y sujeto pasivo todos los menores de edad, es decir, cualquier persona que no haya alcanzado los dieciocho años, y las personas con discapacidad especialmente necesitadas de protección. La conducta típica el delito de divulgación consiste en vender, difundir o exhibir, por cualquier medio directo, material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. implica una relación personal entre el autor y los sujetos pasivos, aunque no excluye su canalización a través de medios de comunicación electrónica, tal como videoconferencia, si no ha mediado edición, impresión o análogos. El tipo gira en torno al concepto de *material pornográfico* que no resulta fácil de delimitar prescindiendo de un modelo de moral social imperante. Dicho “material” deberá ser en todo caso apto para incidir en el

infantil debe integrarse por representaciones visuales no siendo suficiente el material de audio. Y la finalidad sexual permite excluir materiales que tengan finalidad médica, científica o similar.

En todo caso, es necesario que el material visual se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales.

Siguiendo una línea restrictiva, se excluye del concepto de material pornográfico el mero desnudo. La imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. Por el contrario, el desnudo con connotaciones sexuales sí puede integrarlo: así, “las fotos a un menor pueden considerarse como pornográficas cuando muestran la zona púbica del niño/a, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente”.

Las imágenes que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde.

Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el *animus* del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico.

El material pornográfico puede ser “virtual” o “simulado”.

A la hora de interpretar el concepto de material pornográfico infantil deben manejarse los informes explicativos del Convenio de Ciberdelincuencia firmado en Budapest y en el del Convenio de Lanzarote, para los que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados:

a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. No es relevante si la conducta representada es real o simulada

Por ello, una definición restrictiva de pornografía infantil la dan Orts Berenguer y Roig Torres señalando que a su juicio “es pornográfico el producto, con preferencia visual, cualquiera que sea su soporte, en el que se registran, exclusiva o casi exclusivamente, hechos de la más explícita sexualidad, expuestos de la forma más minuciosa y escrutadora, y está expresamente realizado, casi siempre por un móvil crematístico, con la única pretensión -manifiesta, velada o subrepticia-, de excitar el apetito venéreo y de complacer y promover determinadas demandas en ese orden de cosas.

desarrollo de la personalidad de los menores o personas con discapacidad. Y podemos apuntar como notas comunes el contenido obsceno o lujurioso, ordenado a la excitación sexual de sus destinatarios y la carencia de todo valor artístico, literario, científico o educativo. La noción de “material” incluye cualquier clase de representación, incluida la escrita. Y se discute si engloba a otro tipo de objetos, tal como juguetes sexuales.

Clases

Siguiendo a las definiciones dadas por los más recientes instrumentos internacionales, se incluye dentro del concepto de pornografía infantil, dos clases:

1. **Pornografía clásica:** aquellas representaciones en que han intervenido menores reales, sin manipulaciones de imagen y en un contexto pornográfico real, aunque la representación de una actividad sexual pueda ser simulada.⁶⁸
2. **Pornografía virtual alusiva a menores:** aquella en cuya elaboración **no se utiliza realmente a** menores de edad o, utilizándolos, se hace solo de manera indirecta. Es una creación artificial pero realista elaborada por ordenador u otro medio. A este tipo pertenecen los apartados c) y d) del art. 189.1 C.P.

Dentro de esta pornografía alusiva a menores, se diferencia:

2.1 – **la pornografía técnica:** es aquella que se consigue con participación de adultos cuya imagen es alterada, a través de diferentes medios o procedimientos para que parezcan menores de edad en un contexto sexual.

2..2. – **la pornografía infantil artificial o pornográfica virtual:** que incluye todas aquellas representaciones en las que participa un menor creado a partir de un patrón irreal (por ejemplo, a través de un dibujo animado o generado íntegramente en el ordenador)⁶⁹

2..3. – **pseudopornografía** (llamada también *morphing*): no se utiliza realmente al menor, pero se insertan las voces, fotogramas o imágenes de menores reales identificables en contextos pornográficos.

⁶⁸ En este grupo se incluye la modalidad a) y b) del art. 189.1 del C.P., esto es, conductas sexualmente explícitas reales o simuladas en las que intervengan un menor y toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.

⁶⁹ El problema de los dibujos animados es por lo que decía el art. 5.8 de la Directiva en orden a la pornografía infantil artificial (creación de imágenes de menores involucrados en actos sexuales con la particularidad de que ni los menores existen ni tampoco las situaciones reproducidas), pero el alto grado de perfección alcanzado por determinado tipo de software capaz de desarrollar y animar imágenes y videos en un entorno sintético 3D susceptible de inducir a error sobre su autenticidad de lo que parece en el reflejado es real o inauténtico. Este artículo se incorporó en el proyecto de reforma del Código penal, provocó quejas de determinados colectivos al considerar que sería catalogado como pornografía infantil series de televisión, mangas, comics, videojuegos, películas, etc. en las que se de ese tipo de situaciones. Según la fiscalía solo serán imágenes realistas subsumible en el concepto de pornografía infantil aquellas que se aproximen en un alto grado a la representación gráfica de los órganos sexuales de un menor, y que no habrá acusación, por no ser imágenes reales los comics, dibujos animados o representaciones similares en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

La Pornografía virtual tendrá trascendencia penal cuando se presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (vestimenta, etc.), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompañe.

Será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores –bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente aniñados y convenientemente maquillados –simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

Si las investigaciones pueden determinar la minoría de edad de la persona representada en la fecha en que se produjo el material, la calificación habrá de referirse al material pornográfico infantil común.

La comprobación *a posteriori* de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta.

Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la “presenta” como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil

La edad de los menores representados en el material pornográfico.

Los tipos de pornografía infantil protegen a menores de dieciocho años. Este límite de edad se fijó por primera vez en el Convenio de Budapest, aunque se permitía hacer reservas para rebajar la edad hasta los dieciséis años. En el Convenio de Lanzarote la edad se fija en menores de dieciocho años sin posibilidad de hacer reservas, al igual que en la Directiva 2011/93/UE.

Con la ampliación del concepto de pornografía infantil, la exigencia de que los representados tengan menos de dieciocho años queda fuertemente desdibujada tanto en relación con la pornografía virtual como en cuanto a la pornografía técnica. En estos dos supuestos lo definitivo será que las imágenes representen a personas como menores⁷⁰.

Por lo tanto, sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, y sujeto pasivo solo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del art. 25 C.P.

6.2. Delito de Utilización de menores o personas con discapacidad con fines exhibicionistas o pornográficos (art. 189 1ª a).

⁷⁰ Circular 2/2015, Fiscalía del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por L.O. 1/2015.

El apartado a) del art. 189.1º dispone que “*El que capture o utilizaren menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas*”.

Siempre que exista una conducta típica que tenga directa repercusión sobre un menor concreto (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de subsumirse conforme a la letra a) del art. 189 C.P. Con estas conductas se afecta al menor:

- *Directamente* (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración de material, filmando, etc.) o
- *Indirectamente* (financiando la producción grabación, proporcionando el local, etc.)

En la modalidad de utilización de menores en espectáculos sexual, el menor debe intervenir en el mismo y estar dirigido al público incluso por medio de las tecnologías de información y la comunicación. Debe participar en una conducta sexualmente implícita real o simulada. No será subsumible en este tipo, el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero, u otras o el que se limita a adquirir la entrada al espectáculo o a pagar la entrada. La tipicidad requiere que el menor tenga un papel en el espectáculo sexual

En lo que se refiere a qué deba entenderse **por espectáculo**, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que será irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes. No obstante, habrá de considerarse *extra muros* del tipo como el propio Preámbulo de la Directiva establece “la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas”.

El espectáculo “privado” habrá de interpretarse como de acceso restringido a un número limitado de personas. Cuando el desarrollo de los hechos en el ámbito privado suponga tan solo la exhibición para el propio sujeto activo del delito, no se colmarán las exigencias del concepto “espectáculo”.

6.3. Delito de Difusión de pornografía infantil (art.1891 b).

En el apartado b) del art. 189.1º C.P. se castiga al que “*producere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la protección, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*”.

La diferencia esencial de los tipos del art. 189.1 b) frente a los de la letra a) radica en que “hay que entender que se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro” (STS nº 795/2009, de 28 de mayo). El sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción, incidido sobre la conducta sexual del menor.

Dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores

concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.).

Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b) el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a)”.

La distribución es un concepto amplio, que puede abarcar distintas acciones dirigidas a poner a disposición de terceros material pornográfico. La conducta consistente en **compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P** puede ser constitutiva de difusión. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Lo supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros. La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P puede ser constitutiva de difusión de pornografía. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. También la Consulta 3/2006 declara que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros. No obstante, el propio Tribunal Supremo ha matizado, llegando a soluciones en las que no se aplica el tipo de distribución por el mero hecho de utilizarse un programa P2P. El TS profundiza y tiene en cuenta el cúmulo de circunstancias concurrentes para apreciar o no el dolo de difundir.

6.4. Delito de Posesión de pornografía infantil.

La tipificación de la posesión se produce tras la reforma operada por LO1/2015 _en el art. 189.5 CP se castiga al *que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.

La reforma -siguiendo con ello lo dispuesto en la Directiva en el art. 5.2- tipifica junto con la posesión la mera adquisición para uso propio de la pornografía infantil.

También en este tipo de posesión el concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma 1/2015 supondrá una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito adquirir o poseer material pornográfico virtual o técnico.

El tipo penal de posesión requiere, la concurrencia de los siguientes elementos:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía...junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual;

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines....

c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Los subtipos agravados del art. 189.2 no se aplicarían a estas conductas.

6.5. Delito de Acceso a sabiendas a pornografía infantil

La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando en Internet, implicará la correspondiente descarga del material.

El art. 20.1. f) del Convenio de Lanzarote aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil. La Directiva 2011 siguiendo la misma orientación dispone en su art. 5 apartado tercero que el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas para abarcar estos supuestos, castigando en el párrafo segundo del apartado quinto del art. 189 con la misma pena prevista para la posesión *a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*.

La necesidad de que el acceso lo sea “a sabiendas” impone la exigencia de un dolo directo. Es decir para ser responsable penalmente, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de una a todas luces indeseable criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.

Con carácter general la aplicación del tipo deberá referirse a conductas de acceso a espacios restringidos de la red, donde se encuentran alojados materiales pornográficos de menores. Ello no obstante, será subsumible en el tipo el visionado consciente y voluntario de pornografía infantil sea cual sea el espacio en red de que se trate, cuando estos extremos puedan acreditarse cumplidamente.

6.6. Asistencia a espectáculos pornográficos.

Tras la reforma 1/2015 expresamente se tipifica en 189.4 *el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión*.

6.7. Subtipos agravados

El art. 189 C.P. recoge los ocho supuestos agravados de la responsabilidad criminal. Se prevén como tales:

- a) La utilización de menores de 16 años. Es necesaria para apreciarla, la utilización de menores reales, por lo que no podrá integrarse por pornografía virtual o técnica.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio⁷¹, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual⁷².

c) Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual. Este subtipo tampoco podría aplicarse al material virtual o técnico, pues en ellos no habría propiamente víctimas. Para el TS se contemplan de forma alternativa “dos formas de violencia: una equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra... con la naturaleza misma de satisfacción de esta índole (sadismo, etc.)”. (SSTS nº 588/2010, de 22 de junio, 1098/2010, de 13 de diciembre y 12/2015, de 20 de enero).

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. Este subtipo, que es de mera actividad, se castigará con independencia del delito de resultado doloso o culposo que hubiera provocado.

e) Material pornográfico de notoria importancia. La agravación no se aplica a los que simplemente acumulan material, sino solo a los que difunden masivamente material.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión, pues en ambos casos antijuridicidad y culpabilidad presentan una especial

⁷¹ Sin embargo, la aplicabilidad de este subtipo a los supuestos de difusión de material (art. 189.1 b) genera dudas. En todo caso se exige un dolo cualificado; así la STS nº 674/2010, de 5 de julio aun admitiendo la posibilidad de aplicar el subtipo a los menores difusores, exige no obstante la concurrencia de un dolo específico: “no se puede agravar la conducta de quien difunde archivos particularmente vejatorios – por así permitirlo la tecnología del programa de intercambio utilizado - si no consta acreditado el conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos. De ahí la importancia de que, tanto en la investigación inicial como en la resolución de instancia, se precise si los archivos alojados en algunos de los discos empleados por el imputado fueron efectivamente abiertos, acto del que queda reflejo en el sistema y que puede ser objeto de descripción en el correspondiente informe pericial”.

⁷² Se utilizan conceptos indeterminados que dificultan la tarea exegética. No obstante existen ciertos supuestos en los que la aplicación de este subtipo no debería generar dudas (sodomismo, zoofilia, coprofilia, prácticas sexuales con bebés y otros hechos análogos especialmente vejatorios para con los niños). La STS núm. 803/2010, de 30 de septiembre admite la aplicación del subtipo ante un supuesto de coprofilia. La zoofilia claramente integraría el subtipo. Según la STS núm. 304/2010 de 16 de abril. Por su parte, la STS núm. 12/ 2015 de 20 de enero considera también particularmente degradante, a los efectos de la aplicación de la agravación prácticas como *la urolagnia, undinismo o "lluvia dorada", al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños* .

- b) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.».

El delito de pornografía infantil, en sus diversas variantes recogidas en el art. 189 C.P. es un delito doloso, de forma que el sujeto activo tiene conciencia y voluntad de los actos concretos que realiza y de que la edad del sujeto pasivo es inferior a 18 años. No obstante, cabe apreciar dolo eventual en cuanto al conocimiento de la minoría de edad de la persona utilizada en los tipos básicos.

Tras la reforma se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste con carácter cautelar la retirada o bloqueo del acceso a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil (189.8) Esta previsión se conecta tanto con el art. 13 de la LECrim como con el art. 8 de la Ley 34/2002 *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* que prevé la retirada de aquellos datos que atenten contra los principios que se relacionan en el propio artículo entre los cuales se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia.

III. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LOS DELITOS SEXUALES

1. Las consecuencias jurídicas en materia de delitos sexuales antes de la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010 y 1/2015

En el ámbito de la criminalidad sexual se han incrustado una serie de lugares comunes que algunos autores han denominado como Derecho Penal de la Seguridad, pues concentran su atención o sus esfuerzos en un incremento de punición de esta clase de conductas. El argumento más recurrente es que para los autores que cometen estas clases de delitos las clásicas reacciones penales, esto es, las penas privativas de libertad son ineficaces, de forma que solo la inocuización a través de diferentes vías ofrece garantías de éxito. Esto es, que las penas ya no intimidan suficientemente, la resocialización y la rehabilitación no funcionan, solo el control del delincuente⁷³

En España la demanda social de respuestas jurídicas más intensas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en que las víctimas son menores de edad, se debió fundamentalmente a una serie de casos de especial gravedad que, al ser muy difundidos en los medios de comunicación, trasladaron a la sociedad una pobre impresión de nuestra política criminal y, por consiguiente, de todos los operadores jurídicos en el ámbito penal: especialmente de la Administración de Justicia y de nuestro sistema penitenciario. A saber, que las condenas por delitos sexuales o bien no se cumplían, o bien que era notable la divergencia entre la duración de las penas impuestas en la sentencia y el periodo de cumplimiento de las mismas (entendiendo como tal la estancia real del penado en el centro

⁷³ Valeije Álvarez I. :“Penas y medidas de seguridad en los delitos sexuales contra menores “, en *Delitos Sexuales Contra Menores, Abordaje Psicológico, Jurídico y Policial*”(dirs. Lameiras Fernández, M. / Orts Berenger, E). Tirant Lo Blanch. Valencia 2014. Págs. 381/406.

penitenciario), o bien que se excarcelaban a reos habituales o reincidentes con un elevado pronóstico de recaída y que poco se podía hacer para impedir su licenciamiento definitivo. En especial se destacaba, como uno de los graves defectos del Código penal español, desde el punto de vista de la política criminal, la ausencia de medidas de seguridad para delincuentes habituales de criminalidad grave.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la normativa penal no previa ningún mecanismo para neutralizar la peligrosidad subsistente al licenciamiento definitivo de un penado una vez cumplida la pena o penas impuestas. El cumplimiento suponía la extinción de la responsabilidad criminal. El único efecto jurídico por cumplimiento se materializa en el correspondiente antecedente penal, cuya anotación subsistirá durante los plazos establecidos en el art. 136.2 2 del CP o mientras no se hayan cumplido las condiciones para su cancelación. De acuerdo con lo establecido en el art. 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria el condenado que haya cumplido su pena, y el que de algún modo haya extinguido su responsabilidad penal, deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos de ciudadano. De modo que los antecedentes penales por delitos sexuales no podían ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. De entrada y como declara expresamente el art. 134.4 del CP las inscripciones de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no son públicas y, si bien lo son con carácter común las actuaciones judiciales y las sentencias deben pronunciarse en audiencia pública (art. 120.1 y 3 de la CE), la posibilidad de acceder a estas por particulares es en la práctica bastante restringida⁷⁴.

Por el contrario, **en Estados Unidos los antecedentes penales son públicos** en relación con la generalidad de los delitos, de manera que cualquier ciudadano puede acceder a dicha información por diversas vías, como por ejemplo consultando el expediente en el Tribunal que juzgó el caso, o bien a través de Internet, en aquellos estados que cuelgan esta clase de datos en la red. Sin embargo, es, el ámbito de la criminalidad sexual en el que estas políticas de difusión de los antecedentes penales y de exposición de los infractores han alcanzado un mayor desarrollo a través de las *Registration and Community Notification Laws*. En virtud de ellas, se obliga a los delincuentes sexuales a inscribirse en un registro y a mantener actualizados una serie de datos personales e identificativos, en la línea de los apuntados más arriba, que no sólo han de estar disponibles al público en general sino que asimismo deben transmitirse directamente a determinados colectivos sociales, más o menos amplios, y particularmente a los vecinos e instituciones del barrio del ofensor, a través de muy distintos métodos de notificación entre los que se cuentan los indicados en las primeras líneas de este trabajo.

Tal iniciativa legal, en el aspecto que aquí interesa, que es el relativo a la propagación de la referida información (*Community Notification Laws*), surge modernamente a principios de los años 90 a partir de las regulaciones de diversos estados, si bien no cobra verdadera notoriedad hasta la célebre *Megan's Law*, aprobada en 1994 en *New Jersey* a raíz de la trágica violación y asesinato de *Megan Kanka*, una niña de 7 años, a manos de un vecino reincidente. A partir de dicha ley -a la que se debe el nombre de *Leyes Megan* con el que se

⁷⁴ Me permito sugerir a que encienda su ordenador y entre en cualquiera de los registros oficiales de delincuentes del mencionado Estado a los que se tiene acceso a través de Internet; navegue entre sus fotos, direcciones -que rápidamente pueden identificarse en el plano de la localidad de que se trate a través del servicio de *Google Maps*-, las matrículas de sus coches, los detalles de las condenas y de la clase de víctimas a las que atacaron, o repare en su peso, estatura o en la talla que calzan, en los apodos por los que son conocidos, los tatuajes que lucen, o en si usan o no gafas, etc. en relación con la lista interminable de individuos cuya fotografía y citados datos cualquier persona, desde cualquier parte del planeta, puede consultar libremente, <https://www.nsopw.gov/>

denomina comúnmente a las normativas que regulan esta materia- se inicia un vertiginoso proceso de expansión legislativa de este tipo de medidas: ese mismo año 16 estados promulgan leyes similares y en 1996 se introduce a nivel federal la obligación de todos los estados de adoptar mecanismos de notificación pública de los datos de las personas condenadas por delitos sexuales, objetivo que se cumple ya a partir de 1998.

Si bien la particular Ley *Megan* de cada uno de los estados cuenta con sus propias peculiaridades, en 2006 una ley de alcance federal, la *Adam Walsh Act* -en la que se integra la *Sex Offender Registration and Notification Act* (en lo sucesivo, SORNA)-, establece una serie de directrices globales que otorgan un nuevo impulso a estos instrumentos político criminales y que buscan homogeneizar, generalmente en sentido más gravoso para el reo, algunos aspectos esenciales de dichas normativas estatales; así, por ejemplo, en lo que se refiere a la amplitud de los datos de los delincuentes a incluir en los registros, la frecuencia con la que se debe poner al día tal información, la generalización de la tipificación como delito de la conducta de los ofensores de no someterse al requerimiento de registro o de actualización de sus datos, o, en fin, los criterios de clasificación de los sujetos en tres niveles a efectos fundamentalmente de determinar el tiempo que han de estar sometidos a la obligación de registro (y que oscila entre un mínimo de 15 años y la perpetuidad). Tales criterios se articulan en esta Ley a partir de la gravedad del ilícito cometido (*conviction-based approach*) en detrimento de la opción basada en la valoración individualizada del riesgo de reincidencia de cada infractor, determinándose además que *todos* los registrados (niveles I, II y III) queden sujetos por regla general al sistema de notificación pública, con independencia, por tanto, del peligro que cada individuo en concreto represente para la sociedad⁷⁵

Los programas de registro y notificación a la comunidad gozan de gran apoyo popular

Por el contrario en el CP español no existían ni publicidad de antecedentes penales ni medidas de seguridad que pudieran ser de duración indeterminada o más gravosas o de mayor duración que la pena privativa de libertad que hubiere podido ser impuesta si el sujeto hubiera sido declarado imputable. Como hemos dicho anteriormente, las medidas de seguridad para sujetos imputables eran desconocidas en el Derecho Penal español hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010.

Para dar respuesta a la especial peligrosidad de ciertos sujetos imputables con riesgo de reincidencia la única respuesta se reducía a ciertos efectos en el ámbito de la imposición de la pena -con la apreciación de la agravante de reincidencia o de multirreincidencia-; el endurecimiento de la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad, imposición de penas privativas de derechos, así como restricciones importantes en materia de beneficios penitenciarios -periodo de seguridad o de estancia mínima en prisión, acumulación jurídica de penas-. Pero fuera de lo dicho no existía en España hasta la reforma penal de 2010 instrumento alguno que permitiera neutralizar o minimizar una peligrosidad criminal grave que subiste al cumplimiento de la prisión. En todo caso, la peligrosidad o el pronóstico de comisión de la misma clase de delitos en un futuro constituye únicamente un aspecto que condiciona la mayor o menor duración de pena de prisión- su mayor o menor duración- .

Esta situación cambia con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 por la que se reforma el Código Penal de 1995 pues introduce una medida de seguridad denominada

⁷⁵ Vid. página Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)-, <https://smart.ojp.gov/sorna>

libertad vigilada de cumplimiento postpenitenciario que debe ser impuesta preceptivamente en sentencia condenatoria junto con la pena privativa de libertad (art. 192.2 del CP). Y en el 2015 otro tipo de medidas.

La medida de libertad vigilada está centrada precisamente en la delincuencia sexual.

2. La medida de seguridad de libertad vigilada

La Libertad vigilada está incluida entre el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad. Su régimen jurídico queda establecido en el art. 106 del CP que la define como el sometimiento del condenado a control judicial mediante el cumplimiento de una serie de reglas de conducta o prohibiciones que pueden orientarse a desarrollar funciones de vigilancia o monitorización constante de los individuos, funciones de control específicas, protectoras, inocuizadoras o de neutralización de peligros para la víctima y, en última instancia, de rehabilitación como pueden ser la obligación de participar en determinados programas formativos o la obligación de seguir un tratamiento médico.

Se puede imponer en todos los casos que tradicionalmente son el ámbito de las medidas de seguridad. Es decir, a sujetos que cometieron hechos delictivos aquejados de alguna disminución de su imputabilidad y de los que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro de comisión de nuevos delitos (art. 96 CP).

La autentica novedad de la reforma estriba en la posibilidad de imponer la medida de seguridad no en sustitución de la pena privativa de libertad, sino además como un complemento de la pena privativa de libertad y para su cumplimiento sucesivo (tal y como establece el art. 106.2 del CP) Así lo establecen el art. 192. 1 del CP imponiendo el siguiente régimen jurídico:

- A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título el Tribunal está obligado a incluir en el fallo condenatorio además de la pena correspondiente al delito, la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.
- La duración de dicha medida de libertad vigilada será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave,
- y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves.
- En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

Si atendemos a la regulación del art. 192 del CP veremos que en el mismo solo se prevé una regulación especial más benigna para los casos en que se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, y siempre que la infracción sea menos grave y en atención a la menor peligrosidad del autor.

Por lo que se refiere al primer requisito “delito menos grave” entrarían dentro de este grupo y de acuerdo con lo establecido en el art. 13 del CP los delitos sancionados con la pena de prisión de tres meses a cinco años. En consecuencia entrarían dentro de la categoría de delito menos grave: el ciberacoso previsto en el art. 183 bis o el delito de exhibicionismo y provocación sexual

Y en lo que se refiere a “delincuente primario” cabe entender todo aquel sujeto que: a) no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito; b) haya sido condenado

por un delito de distinta naturaleza; y c) haya sido condenado por un delito contra la libertad sexual pero sus antecedentes penales ya se encuentran cancelados.

En el resto de los supuestos el art. 106.2 establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia condenatoria la medida de libertad vigilada acumulativa a la pena privativa de libertad y de cumplimiento posterior a esta. En el primer momento de su imposición la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto no exige una reincidencia previa constatada, ni la misma habitualidad descrita en el art. 94 del CP, ni hay que apreciarla en el caso concreto a partir de un pronóstico individualizado, sino que se presume en vía de principio en todos los sujetos que hayan cometido un delito contra la libertad sexual (o terrorismo). El art. 192.2 del CP obliga a que se imponga en la sentencia en *todos los casos* aunque después se pueda dejar sin efecto en el momento de su concreción en atención a lo dispuesto en el art. 106.3 del CP. El legislador no es que establezca una presunción *iuris tantum* sobre que estos sujetos pueden ser reincidentes y no se resocializan, es que llega a realizar una *presunción iure et de iure* -salvo en algún caso- de peligrosidad criminal, presupone que estos sujetos tienen peor pronóstico de reinserción aunque carece de base científica y empírica. La propia *presunción iure et de iure* supone renunciar a un pronóstico de peligrosidad individualizado como el que de manera general se requiere para imponer el resto de las medidas.

1. El contenido de la libertad vigilada: las obligaciones y prohibiciones de conducta del art. 106.1 del CP. Procedimiento de imposición.

Según dispone el art. 106 del CP la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de una o varias obligaciones o reglas de conducta. A efectos solamente expositivos, retomo una clasificación adoptada por una parte de la doctrina penal (sin que ello implique que comparto la citada clasificación), que distingue entre obligaciones de:

- a) de control espacial.
- b) de control específico encaminadas a incidir en los factores de riesgo de reincidencia.
- c) de protección de la víctima o potenciales víctimas.
- d) de neutralización de riesgos de potenciales víctimas.
- e) Correctivas.

Dentro del primer grupo hallamos las siguientes obligaciones:

- a. La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente⁷⁶.

⁷⁶ En España, el empleo de los dispositivos de monitorización electrónica para la supervisión de delincuentes es una realidad de la que se cuenta con cierta experiencia en el ámbito de la violencia de género y doméstica, así como en la ejecución de la pena de localización permanente y en el ámbito penitenciario para cumplir en medio abierto (art. 88.4 del Reglamento Penitenciario). La página web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias informa que dispone actualmente de los siguientes sistemas de vigilancia electrónica: Sistema de monitorización mediante pulseras por red telefónica, bien vía red conmutada (fija), bien vía móvil, a través de las denominadas unidades celulares. Sistemas de verificación de voz, tanto a través de los teléfonos fijos ubicados en los lugares de control, bien a través de dispositivos que transmiten la información usando líneas celulares. Sistemas de seguimiento continuo de internos mediante tecnologías GPS, que permiten conocer la ubicación geográfica del sujeto en todo momento, y establecer zonas de estancia obligatoria o acceso no permitido (zonas de inclusión o de exclusión). Unidades de seguimiento

- b. La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca (art. 530 de la LECrim).
- c. La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d. La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

En el grupo de obligaciones de control por el que se incide en posibles riesgos de reincidencia, se encuentran:

- i. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

En el grupo de obligaciones cuya finalidad es proteger a la víctima o a sus familiares, se encuentran las siguientes:

- e. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g. La prohibición de residir en determinados lugares.

En el grupo de obligaciones referidas a la neutralización de peligros encontramos la letra g) del art. 106. 1 del CP donde contempla: La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; y k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Estas obligaciones o reglas de conducta en muchos casos son de similar contenido a otras obligaciones o reglas previstas, por ejemplo, en la suspensión condicional de la pena de prisión (comparecer personalmente), pero igualmente asimilables a otras penas (inhabilitación profesional, penas de alejamiento) e incluso a las medidas de seguridad (tratamiento médico externo, sometimiento a programas) por lo que la libertad vigilada puede llegar a reunir en una sola medida una pluralidad de ellas.

En lo que se refiere a la obligación de sumisión a tratamiento médico ha abierto la puerta al tratamiento farmacológico con inhibidores hormonales. No obstante, en tanto que tratamiento médico, la administración de inhibidores se encuentra sometida a las disposiciones sobre consentimiento informado y voluntariedad que contiene la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley de Autonomía del Paciente), del mismo modo que lo están los tratamientos con medicamentos psicoactivos incidentes en factores emocionales eventualmente utilizables. Por otra parte, la

móviles para el control de internos con pulseras telemáticas en lugares distintos al habitual (por ejemplo, su lugar de trabajo). Se especifica que *todos estos sistemas de vigilancia telemática permiten también establecer previamente las restricciones de movimiento que se estimen convenientes.*

administración del tratamiento farmacológico con inhibidores vinculado al cumplimiento de una pena privativa de libertad, lo sitúa en las previsiones sobre el tratamiento penitenciario de la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 59 ss.) y su Reglamento, que ya hoy prevé tratamientos específicos para la delincuencia sexual (art. 116).

En el procedimiento de imposición de la medida de libertad vigilada intervienen tanto el Juez o Tribunal sentenciador como el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En este sentido, y según establece el art. 106.2 CP, en primer lugar el Juez o Tribunal sentenciador deberá imponer en la sentencia condenatoria, junto con la pena privativa, la libertad vigilada y acordar su duración (por ejemplo, en caso de agresión sexual en el fallo condenatorio se recogerá una condena a una pena de prisión de 12 años y una medida de libertad vigilada como mínimo por 6 años de duración superior a la pena; pero el contenido concreto del tal medida queda diferida para un momento posterior.

Cuando se aproxime la excarcelación del sujeto se inicia el procedimiento para definir las obligaciones o reglas de conducta. En el art. 106.2 del CP, se fija un plazo de dos meses de antelación para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria eleve la propuesta al Tribunal sentenciador que será el encargado de elegir las prohibiciones u obligaciones que acompañen a la ejecución de la libertad vigilada de entre las previstas en el art. 106.1. La propuesta realizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá estar apoyada en los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes.

Ahora bien, los términos en los que se expresan los arts. 106. 2 y 192.1 del CP respecto a la obligatoriedad de imponer la libertad vigilada en el fallo condenatorio no impiden apreciar una flexibilización mayor en lo que se refiere al cumplimiento efectivo de la medida de seguridad llegada la hora de la excarcelación. De la lectura coordinada de los arts. 106.2, 106.3 y 98 del CP cabe deducir que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede proponer que la medida se ejecute, pero también su cese, sustitución o suspensión (art. 98.1 del CP) y en vista de ello el Juez o Tribunal podrá dejarla sin efecto cuando exista un pronóstico positivo de reinserción que haga innecesaria o contraproducente el cumplimiento de la libertad vigilada (art. 106.3 b) y c) del CP).

En consecuencia, la decisión sobre el cumplimiento efectivo de la libertad vigilada queda relegada al momento en que esta debe cumplirse efectivamente, lo que la somete en realidad a una especie de concesión resolutoria basada en la efectiva reinserción del sujeto una vez cumplida la pena de prisión. Esta posibilidad resulta plenamente acorde con los requisitos que establece el art. 95.1 del CP para la imposición de cualquier medida de seguridad. A saber que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Tal vez por esta razón el pronóstico no se realiza en el momento de la imposición de la medida en el fallo condenatorio, sino en el de su imposición posterior, y aquella obligación solo tiene sentido para salvar posibles objeciones de dar cabida a medidas de seguridad predelictuales.

Finalmente, en caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones impuestas, el Juez o Tribunal podrá modificarlas, si bien en caso de incumplimiento reiterado o grave, el Juez deberá deducir además testimonio por presunto delito de quebrantamiento de condena. Por lo tanto, cuando el incumplimiento fuera puntual, el Juez únicamente podría optar por la alteración de la naturaleza o de la modalidad de cumplimiento de la medida, exigiéndose la reiteración o la gravedad y la voluntad de seguir incumpliendo para poder deducir adicionalmente testimonio por quebrantamiento.

3. La pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad

El art. 192.3 además de las penas principales correspondientes, castiga con la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, o actividades, sean o no retribuidos que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia si el delito fuera grave, o por un tiempo entre dos y veinte años si el delito fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona del condenado.

4. Toma de muestras biológicas para extraer datos ADN e inserción en bases de datos policiales

Por otro lado, la reforma penal por LO 1/2015 añade el artículo 129 bis para la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN. En virtud de este precepto el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por delito grave contra la libertad o indemnidad sexual, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. El art. 129 bis abre la previsión legal, ante la negativa del sujeto a cumplir la orden judicial, del uso de medios coactivos para su ejecución forzosa.

Cuando en el tipo de utilización de menores o de difusión de pornografía infantil concurra algún subtipo agravado se superaría el umbral del delito grave, por lo que si se considera que concurre un peligro relevante de reiteración delictiva podrán interesar la toma de muestras, realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, en el curso de la investigación, sin esperar a la condena, en el momento de la detención o de la imputación por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ya sean delitos graves o menos graves, los Sres. Fiscales, procuren que los perfiles de ADN de estos imputados sean incorporados a la base de datos prevista *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN* (art. 3.1 a).⁷⁷

5. El Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de seres humanos

La Directiva de 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los

⁷⁷ Valeije Álvarez, I: “La consecuencia accesoria de cesión de muestras biológicas y registro de identificadores de ADN en las bases de datos policiales (art. 129 bis del CP), En Peligrosidad y Estado de Derecho. Directores Enrique Orts Berenguer, Alberto Alonso Rimo Margarita Roig. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, págs. 145-228

abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil contempla requerimientos específicos en materia sancionatoria para los delincuentes sexuales. A fin de evitar el riesgo de reincidencia y de proteger de manera eficaz a los menores del riesgo de convertirse en víctimas de delitos sexuales, obliga a los Estados miembros a:

a) En su art. 10.1 a adoptar las medidas necesarias para que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los arts. 3 a 7 pueda ser inhabilitada con carácter temporal o permanente para el ejercicio de actividades al menos profesionales que impliquen contactos directos y regulares con menores;

b) En el art. 10.2 a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado que impliquen contactos regulares y directos con menores, tengan derecho a solicitar información de conformidad con el derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los arts. 3 a 7 que consten en el Registro de Antecedentes Penales o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivadas de dichas condenas penales.

En sintonía con la normativa comunitaria, el apartado 5 del art. 13 de la LO 1/ 1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley 26/2015 de 28 de julio exige como requisito para el acceso y ejercicio de aquellas profesiones, oficios y actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores el no haber sido condenados por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos (referida a la que tienen fines de explotación sexual) tanto en España como en el extranjero. La inexistencia de dichos antecedentes se llevará a cabo por todo individuo, haya cometido o no algún documental de mediante la aportación de una certificación negativa expedida por el Registro Central de Delincuentes Sexuales creado al amparo del Real Decreto 1110/2015 de 11 de diciembre ⁷⁸

El Real Decreto 1110/2015 de 11 de diciembre

El Registro Central de delincuentes sexuales fue regulado por primera vez por Real Decreto 1110/2015 de 11 de diciembre. Constituye un sistema de información relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a las personas condenadas por sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía regulados en la LO 10/1995 de 23 de noviembre con independencia de la edad de la víctima (art. 1).

La informaciones se refieren tanto a las condenas dictadas en España como las sentencias dictadas en otros países en particular en los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

⁷⁸ El art. 13 .5 queda redactado como sigue: «5. Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.»

La finalidad declarada en la Exposición de Motivos y en el art. 3.2 del texto, siendo en primer lugar contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, de conformidad con las normas internacionales y acorde con los sistemas registrales de otros países de nuestro entorno y esta protección se dispensa de formas diferentes: desarrollando un “mecanismo de prevención” que permita conocer si quienes pretenden acceder y ejercer profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores carecen de condenas tanto en España como en otros países por los delitos que se refiere al Real Decreto (vid. Art. 9.3); facilitando a través de los datos allí almacenados la investigación e identificación de los autores de los delitos allí recogidos en el marco de procedimientos judiciales, policiales e incluso procedimientos administrativos de tutela de menores, y en posibilitar una monitorización y de estos sujetos no solo en España, sino también en otros países, colaborando con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa para facilitar el intercambio de información.

Como hemos adelantado, el RD 1110/2015 no se limita a recoger as inscripciones de sentencias por delitos sexuales en los casos en los que la víctima es menor de edad. Tiene un objetivo más amplio, porque también incorpora sentencias condenatorias por delitos sexuales cuyas víctimas son personas adultas (en su art. 3 afirma expresamente con independencia de la edad de la víctima), esto es, se trata de un Registro Central de datos o un sistema de información centralizada de todos los delincuentes sexuales (incluido el tráfico de personas) sin importar por quién fue cometido, ni la edad de la víctima, ni la relación entre agresor y víctima. Incluso, los supuestos en que el autor en el momento de la comisión del hecho delictivo tuviera 14 años.

Los datos que acceden a este específico fichero son toda la información penal que conste tanto en el Registro Central de Penados, como en el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de Menores de quienes hubieran sido condenados por sentencia firme por los delitos que contempla el RD 1110/2015 en los términos previstos en los arts. 8 y 9 del RD 95/2009 de 6 de febrero, incluido el número ordinal informático policial y del atestado. Asimismo, debe constar el código identificador del perfil genético ADN cuando así lo haya acordado el órgano judicial.

Las profesiones sobre las que recae la obligación de presentar una certificación negativa abarcan un amplio abanico (profesiones, oficios y actividades que impliquen contactos directos o regulares con menores) y, en consecuencia, un campo abonado a la incerteza.

Por lo que se refiere a la duración y cancelación de los inscripciones y, esto es un tema importante, que afecta de lleno a la vigencia de las inscripciones del código identificador del perfil genético en la Base de datos nacional de ADN, hay que distinguir dos tipologías de víctimas: menores de edad y adultas.

- En el caso de que la víctima del delito sea menor de edad el art. 10.1 b) establece que la cancelación se realizará cuando haya transcurrido el plazo de 30 años a contar desde el día en que se haya cumplido la pena con arreglo a lo que dispone el art. 136 del CP y sin haber vuelto a delinquir. Se señala expresamente que la cancelación de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados del que aquella tiene origen no provocará la cancelación de la inscripción, pero la inscripción en el Registro de delincuentes sexuales no podrá servir de prueba a efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia.

- En cambio, si se trata de víctimas adultas o el condenado hubiera cometido el delito siendo menor de edad la cancelación se regirá por el RD 95/2009 de 6 de febrero por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. En el caso de los adultos según dispone el art. 19 se cancelarán tras el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 136 del CP.

En el caso de que el autor y la víctima sean menores de edad, la cancelación de las inscripciones se harán conforme a lo establecido en el art. 24 RD 95/2009 de 6 de febrero transcurridos diez años contados desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad y siempre que las medidas judicialmente impuestas hubieran sido ejecutadas completamente o hubieran prescrito.⁷⁹

En consecuencia, cuando se trata de víctimas mayores de edad la cancelación de las inscripciones en el Registro Central de delincuentes sexuales se vinculará a la cancelación de los correspondientes antecedentes penales, de forma que aquella sea una consecuencia automática de esta, y no se extienden los efectos del delito que da lugar a la inscripción más allá de aquellos, que en general corresponden a la gravedad del delito cometido. Por el contrario, cuando la víctima es menor de edad se contemplan para la meritada cancelación unos presupuestos y requisitos autónomos y una prolongación de la vigencia de la inscripción mas amplios que los previstos en el art. 136 del CP.

El Real Decreto establece un plazo de 30 años en el caso de víctimas menores de modo generalizador e indiscriminado, sin tener en cuenta la clase y gravedad del delito cometido, la edad de la víctima y el pronóstico de reincidencia del delincuente al imponerla. El alargamiento de los plazos no resiste un test de razonabilidad ni de proporcionalidad, no preserva el principio de reinserción social y entra en pugna la orientación de las penas a la reinserción y rehabilitación del penado porque no prevé ningún mecanismo de cancelación anticipada. A una persona que a los 20 años fue condenada a una pena menos grave por cualquier delito sexual le quedará vedada hasta los 50 años el acceso a todas las profesiones o actividades referidas, lo que parece desproporcionado si tenemos en cuenta que tan drástico régimen no resulta aplicable a delitos violentos por muy graves que sean sino son de naturaleza sexual.

El Registro Central de delincuentes sexuales no es un mero archivo de información, ya que a su amparo y en función de las inscripciones registrales se derivará una inhabilitación especial

⁷⁹ La Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores impide la utilización de los datos recogido en registros centrales de menores para cualquier finalidad ajena al proceso penal de menores, con el fin de investigarles cuando alcancen la mayoría de edad y sean sospechosos de un hecho punible. Por lo que cualquier uso de estos antecedentes que se pretenda introducir por vía reglamentaria carece de cobertura legal. Si estos expedientes sólo podrán ser recabados por los jueces de menores en este tipo de procedimientos. ¿porqué figuran las muestras genéticas de menores en una base de datos de acceso más generalizado (no sólo Jueces de Menores), rigiéndonos, no por la norma especial que regula la responsabilidad de menores, sino por las normas contenidas en el CP?. Pero ello a su vez supondría la contradicción de que, pues atendiendo a los plazos de cancelación de antecedentes en el derecho penal de mayores, resultaría que el plazo de los diez años sería muy superior al máximo que se recoge en el CP. Esta es también la tendencia seguida por el TEDH, en el conocido asunto *S. y Marper contra Reino Unido*. Básicamente, lo que se viene a afirmar es que, en los casos en que se recojan vestigios biológicos del imputado menor de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad no puede pretenderse su conservación para futuras investigaciones criminales, pues incurriría en una grave desproporción.

de más larga duración que la prevista en el CP en relación con el mismo delito si es que este lo contemplaba específicamente (art. 192.3 CP) La prohibición establecida en el art. 13. 5 LO1/1996 de entrada afecta a todos los ciudadanos hayan sido o no condenados por lo que deberán demostrar documentalmente la ausencia de antecedentes penales por alguno de los delitos mencionados en dicho precepto. En el caso de existencia de condenas previas, tiene un efecto negativo: imposibilidad de acceder y pérdida del puesto que se ocupa e imposibilidad de obtener otros que supongan contactos regulares con menores, aunque el fallo condenatorio no contemplará específicamente un pronunciamiento sobre la pena de inhabilitación especial, porque el delito no la llevaba aparejada, bien porque la fecha de la condena es anterior a la entrada en vigor del Registro, o bien porque la impuesta en el fallo condenatorio lo es por un plazo máximo de 10 años. La inscripción en el citado Registro se une a las consecuencias negativas que derivan de iure de la condena, distintas de las penas accesorias y de las medidas de seguridad.

Queda perfectamente ilustrado por el ejemplo siguiente: en el caso del pediatra adulto que solicita de naturaleza sexual a un enfermero/a también adulto provocándole una situación objetivamente hostil, la pena a imponer es de prisión de 3 a 5 meses o una multa de 6 a 10 meses, además derivado de la inscripción de la sentencia condenatoria en el Registro central de delincuentes sexuales quedará además inhabilitado para ejercer su profesión hasta que se le cancelen los antecedentes penales y para hacer efectiva esta medida sus datos personales quedarán inscritos en el Registro.

La inserción de la sentencia firme en el Registro Central de Delincuentes sexuales desencadena una inhabilitación cuasi permanente como efecto penal de la condena.

Reforma del Registro Central de delincuentes sexuales tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

CAPÍTULO II: De la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos

Artículo 57. Requisito para el acceso a profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad.

1. Será requisito para el acceso y ejercicio de cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, **el no haber sido condenado por sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales tipificados en el título VIII de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como por cualquier delito de trata de seres humanos tipificado en el título VII bis del Código Penal.** A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales
2. **A los efectos de esta ley,** son profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad, todas aquellas, retribuidas o no, que por su propia naturaleza y esencia conllevan el trato repetido, directo y regular y no meramente ocasional con niños, niñas o adolescentes, así como, en todo caso, todas aquellas que tengan como destinatarios principales a personas menores de edad.
3. **Queda prohibido que las empresas y entidades den ocupación** en cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de

edad a quienes tengan antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

Consecuencias de la existencia de antecedentes en caso de personas trabajadoras o aquellas que realicen una práctica no laboral que conlleve el alta en la Seguridad Social (Artículo 58).

1. La existencia de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos al inicio de la actividad en aquellos trabajos o actividades que impliquen contacto habitual con personas menores **conllevará la imposibilidad legal de contratación.**

2. **La existencia sobrevenida de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos conllevará el cese inmediato de la relación laboral por cuenta ajena o de las prácticas no laborales. No obstante, siempre que fuera posible, en atención a las circunstancias concurrentes en el centro de trabajo y a la actividad desarrollada en el mismo, la empresa podrá efectuar un cambio de puesto de trabajo siempre que la nueva ocupación impida el contacto habitual con personas menores de edad.**

De conformidad con lo anterior, el trabajador por cuenta ajena deberá comunicar a su empleador cualquier cambio que se produzca en dicho Registro respecto de la existencia de antecedentes, aun cuando estos se deriven de hechos anteriores al inicio de su relación laboral. La omisión de esta comunicación será considerada como incumplimiento grave y culpable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta obligación de comunicación, así como las consecuencias de su incumplimiento, deberán incluirse también en los acuerdos que se suscriban entre las empresas y los beneficiarios de las prácticas no laborales que se formalicen al amparo del Real Decreto 1543/2011, de 31 de diciembre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas.

Artículo 59. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO EN CASO DE PERSONAS QUE REALICEN ACTIVIDADES EN RÉGIMEN DE VOLUNTARIADO.

1. La existencia de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos al inicio de la actividad en aquellas actividades de voluntariado que impliquen el contacto habitual con personas menores de edad obliga a la entidad de voluntariado a prescindir de forma inmediata del voluntario o voluntaria. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.

2. La existencia sobrevenida de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos conllevará el fin inmediato de la participación de la persona voluntaria en las actividades que impliquen el contacto habitual con personas menores. No obstante, siempre que fuera posible, en atención a las circunstancias concurrentes en la entidad y a la actividad desarrollada en el mismo, la entidad podrá efectuar un cambio de actividad de voluntariado siempre que la misma no suponga el contacto habitual con personas menores de edad.

3. Las comunidades autónomas establecerán mediante norma con rango de ley el régimen sancionador correspondiente al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 57.1.

Artículo 60. Cancelación de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos.

1. Los antecedentes que figuren como cancelados en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos no se tomarán en consideración a los efectos de limitar el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores de edad.

2. Instada por la persona interesada la cancelación de antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, y transcurrido el plazo máximo de tres meses sin que por la Administración se haya dictado resolución, la petición se entenderá desestimada por silencio administrativo, sin que sea de aplicación a estos supuestos lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de justicia e interior.

6. El programa de tratamiento "Control de la Agresión Sexual"

Que la resocialización ha de inspirar la ejecución de las penas privativas de libertad se desprende tanto del artículo 25.2 de la Constitución, como de los artículos 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 2 del Reglamento Penitenciario, y que el tratamiento es el mecanismo a través del cual se pretende conseguir dicha meta de los artículos 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 110 del Reglamento Penitenciario. En el artículo 116.4 del Reglamento se indica, además, lo siguiente: "La Administración penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios". El programa que se aplica en las prisiones españolas y catalanas para el tratamiento de los delincuentes sexuales peligrosos, denominado "Control de la Agresión Sexual", está dirigido a agresores sexuales que muestran una tendencia a repetir el asalto o que ya son reincidentes.

7. La castración química

La castración química es una técnica farmacológica de tratamiento que consiste en suministrar determinados fármacos que actúan en el cerebro de la persona, inhibiendo la producción de testosterona en los testículos y, por lo tanto, inhibiendo el impulso y deseo sexual. En algunos Estados la castración química empezó a aplicarse a partir de los primeros años del siglo XX a personas condenadas por delitos sexuales y, aunque esta práctica se abandonará a partir de los años posteriores de la Segunda Guerra Mundial, por ser considerada incompatible con los principios elementales de la civilización democrática, con el tiempo será recuperada en algunos Estados e implantada por primera vez en otros. Se recurre a la castración química, por ejemplo, en Estados Unidos. Allí se han venido aprobando leyes de castración química desde 1996. El primer Estado en hacerlo fue California, al cual siguieron otros muchos. En teoría la castración química es voluntaria, pero en términos generales de consentir o no hacerlo depende poder obtener la libertad condicional. Así se exige en los Estados de California, Florida, Colorado, Georgia, Luisiana, Iowa, Montana, Texas, Oregón y Wisconsin. También se recurre a la castración química en Canadá, en Alemania, en Suecia, en Dinamarca, en Polonia, en Moldavia, en Estonia y en Escandinavia. En 2009 Cataluña aprobó el "Protocolo de tratamiento farmacológico coadyuvante en la intervención de los delincuentes sexuales", para aplicar un programa de este tipo, de carácter voluntario, a determinados delincuentes sexuales con riesgo de reincidencia alto, y desde entonces parece ser que al menos un sujeto ha aceptado someterse a esta intervención, pero nada que ver con los cálculos que en su día hizo la entonces

Consellera de Justícia, según la cual aquella se aplicaría a cuatro individuos por año. No ha sido así.

Los compuestos químicos más utilizados son, en Norteamérica, el Acetato de Medroxiprogesterona (Depo-Provera) y, en Europa, el Acetato de Ciproterona. Ambos compuestos operan enviando una señal falsa al cerebro de que el organismo posee suficiente testosterona, de forma que aquel deja de producirla. También se recurre al agonista análogo de la hormona liberadora de gonadotropina. Aquellas sustancias se administran semanalmente mientras que esta última trimestralmente, además que parece reducir (pero no eliminar) los efectos secundarios del Acetato de Medroxiprogesterona y del Acetato de Ciproterona, que no son pocos, tanto de tipo físico como psicológico. Entre el efectos secundarios que esta medicación produce o puede producir sobre la persona tratada están los siguientes: pérdida de pelo fácil y corporal, redistribución de la grasa del cuerpo, aumento de peso, debilidad muscular y cansancio, desarrollo de características femeninas, diabetes, disnea, trombosis, flebitis, hipertensión, atrofia testicular, depresión y pesadillas. Precisamente por la gravedad de muchos de estos efectos secundarios se critica, con razón, el recurso a la castración química

IV. ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN

1. Unidades especializadas de investigación

a) La Brigada de Investigación Tecnológica es la Unidad policial destinada a responder a los retos que plantean las nuevas formas de delincuencia. Pornografía infantil, estafas y fraudes por Internet, fraudes en el uso de las comunicaciones, ataques cibernéticos, piratería.

La Brigada de Investigación Tecnológica está encuadrada en la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) que es el órgano de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil encargado de la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbito nacional e internacional, en materia de delincuencia económica y fiscal, así como la coordinación operativa y apoyo técnico a las respectivas Unidades Territoriales.⁸⁰

La Brigada de Investigación Tecnológica está formada por siete Grupos Operativos especializados: Dos grupos de Protección al Menor que tratan los delitos relacionados con **Pornografía infantil**.

b) El Grupo de Delitos Telemáticos que fue creado para investigar, dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, todos aquellos delitos que se cometen a través de Internet⁸¹.

Además, la cooperación entre órganos judiciales, Ministerio Fiscal y fuerzas policiales es permanente. Buen ejemplo de ello es la creación del Grupo de Trabajo para la elaboración del **Plan Estratégico contra la ciberdelincuencia creado en diciembre del 2020 en el participan diversos operadores jurídicos**.

⁸¹En el caso concreto de la Guardia Civil, se creó entonces el Grupo de Delitos Informáticos que dio lugar al actual **Grupo de Delitos Telemáticos (GDT) encuadrado en la afamada Unidad Central Operativa (UCO)**.

En 2003 se crearon los llamados **Equipos de Investigación Tecnológica (EDITE)**, que, a nivel provincial, comenzaron a asumir la lucha contra el cibercrimen. Recientemente se han creado nuevos escalones de especialización como los llamados Equipos @, compuestos por más de 300 agentes repartidos en 84 equipos, como unidad especializada para prevenir, proteger y perseguir la cibercriminalidad creados específicamente para asegurar la respuesta inicial ante una denuncia y

Ambos grupos trabajan juntamente con EUROPOL e INTERPOL⁸².

2. Cooperación internacional

La propia ausencia de fronteras en la red exige como presupuesto indispensable para la lucha contra la ciberdelincuencia la cooperación entre los Estados. En este sentido ya se han promulgado varios Tratados y Convenios tanto a nivel mundial como Europeo; pero aun así se siguen planteando problemas tanto relacionados con la propia investigación (ausencia de cooperación policial en algunos Estados), y problemas de índole procesal (extradición y lagunas punitivas) que permiten la impunidad de muchos de los delitos cometidos en el ámbito del cibercrimen.

Debido a lo frágil de los espacios virtuales es necesaria la cooperación entre de las naciones para combatir los crímenes cibernéticos. Muchos criminales cibernéticos se aprovechan de la ventaja de que muchos países tienen dificultades para responder adecuadamente a los ataques virtuales. Se sugiere que los acuerdos de cooperación también incluyan acuerdos de extradición.

3. Cooperación del sector público y privado

La cooperación entre sectores públicos y privados representa otro de los grandes retos que enfrenta la lucha contra de los crímenes cibernéticos a nivel mundial. Los sistemas judiciales mundiales dependen mucho de los lazos de cooperación que puedan establecerse entre las industrias privadas para el esclarecimiento de muchos de los delitos en Internet⁸³.

servir de engranaje entre las actuaciones más básicas de investigación y la intervención de los recursos más cualificados.

⁸² <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas/child-sexual-exploitation>

⁸³ Un ejemplo de una colaboración exitosa entre el sector privado y el público fue la llamada **Operación Mikado** organizada en Alemania en 2006. Durante el año 2004 una estación de televisión alemana había identificado un sitio Web que ofrecía materiales de pornografía infantil, mediante el pago de \$79.99 dólares con pago a tarjeta de crédito o a una cuenta en específico.

Para poder procesar legalmente a las personas que habían comprado el material pornográfico, un fiscal en la corte alemana les solicitó a 14 compañías crediticias de ese país que revisaran todas las transacciones en tarjetas de crédito a partir del 2004, buscando en sus archivos aquellos que habían debitad

Materia Formas Específicas de Criminalidad I
3º Curso del Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024

©Inma.valeije@usc.es

**TEMA 5: EL MALTRATO FAMILIAR: VIOLENCIA DE GÉNERO.
VIOLENCIA DOMÉSTICA (PARTE I)**

- 1. Maltrato familiar. Violencia familiar y violencia de género.**
- 2. El concepto de “género” según la Ley Orgánica de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género.**
- 3. Catálogo de delitos relacionados con la violencia género tipificados en el código penal.**
- 4. El Convenio de Estambul.**
- 5. Objetivos fundamentales del Convenio.**
- 6. Ámbitos de aplicación: los conceptos de violencia contra las mujeres, violencia doméstica y violencia de género.**
- 7. Medidas de prevención.**
- 8. Medidas de protección y apoyo.**
- 9. Especial referencia a las Obligaciones de Derecho material.**
- 10. Otras obligaciones legislativas en el ámbito penal.**
- 11. Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección.**
- 12. Migración y Asilo.**
- 13. El Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO).**
- 14. Adaptación de la legislación española a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul.**
- 15. Adaptación del Código penal español a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul.**
- 16. Delito de mutilaciones genitales.**
- 17. Delitos de matrimonios forzados.**
- 18. Delito de Acoso predatorio o stalking.**
- 19. La agravante genérica por discriminación de género.**
- 20. Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017.**
- 21. Prevención victimal.**

1. Maltrato familiar. Violencia familiar y violencia de género

En los últimos años es frecuente encontrar en el derecho comparado delitos que circunscriben la protección de la víctima en función de su sexo. En concreto, se trata de delitos destinados a proteger penalmente de forma más intensa a las mujeres frente a comportamientos que suponen discriminación por género. En general, son normas penales que castigan hechos violentos de los que son víctimas las mujeres precisamente por ser mujeres – como consecuencia de las distintas formas de opresión del patriarcado- y que abarcan desde el maltrato físico o psíquico en la pareja hasta comportamientos más graves como es el delito de feminicidio (En España sancionado con las penas de asesinato + agravante de parentesco + agravante de discriminación por razón de género) .⁸³

La legislación penal española ha sido pionera en esta tendencia político- criminal en considerar el maltrato como una manifestación de la opresión de las mujeres en la estructura social mediante la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPIVG)⁸³. Pero su objetivo protector no era erradicar la violencia de género como una manifestación de la discriminación, la situación de la desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, sino la protección de la institución familiar o de la paz familiar como apuntaban los tribunales de justicia en sus sentencias. La protección penal específica a la mujer no se justificaba por la situación de discriminación, sino por su “vulnerabilidad”. Esto traía consigo la minusvaloración de la mujer, equiparándola en esa situación especial de vulnerabilidad a los menores e incapaces que convivían con el autor de la agresión. Fue la LOPIVG la que apostó de forma decidida por introducir en la ley procesal y en el Código penal español medidas cautelares (orden de protección), medidas civiles y delitos de género específicos para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas, malos tratos, amenazas, coacciones cuyos autores eran sus cónyuges o parejas⁸³.

La pregunta esencial es: ¿Tiene alguna ventaja diferenciar la violencia de género de la violencia doméstica?

Si. La ventaja de crear delitos específicos de violencia de género, dado el fuerte poder simbólico del Derecho Penal, es que poseen un fuerte efecto comunicativo con potencia suficiente para configurar y consolidar valores sociales. La creación de delitos específicos contribuyó a hacer visibles las causas más profundas de la violencia contra la mujer y provocó un giro sustancial en la actitud de los operadores jurídicos. En la actualidad judicatura, policía y fiscalía han tomado conciencia del contenido profundamente discriminatorio del maltrato de género y están claramente comprometidos con los derechos de las mujeres.⁸³ Incluso, existe un órgano judicial específico para conocer y adoptar todas las medidas jurídicas necesarias (civiles y penales) para prevenir y sancionar situaciones de violencia de género: son los Juzgados y Fiscalías de Violencia de Género⁸³.

La existencia de delitos de género específicos permite cuantificar la violencia contra las mujeres con un nivel elevado de precisión con el efecto añadido - y sin duda imprescindible en términos de prevención – de visibilizar el problema y su gravedad. En España existe en la actualidad abundante información sobre la victimización de mujeres gracias a los datos que ofrecen periódicamente instituciones estatales (y en algunos casos autonómicas) como el Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer o el Observatorio Contra la Violencia doméstica y de género del Consejo del Poder Judicial y las Memorias de la Fiscalía General del Estado en las que se presta especial atención a esta forma de delincuencia.

Pese a su eficacia preventiva, el modelo político- criminal de la actual legislación con una

fuerte carga de figuras de género específicas no garantiza por si solo la contención de la violencia que sufren las mujeres en su vida de pareja o en ámbito público. La concienciación social es esencial para erradicar el problema tal y como se establece en el Pacto de Estado contra la Violencia de género de 13 de mayo de 2019⁸³.

También se han apuntado algunos inconvenientes de acudir a formulas específicas de genero: es el riesgo de una victimización secundaria y la concentración de la intervención penal sobre determinados colectivos de víctimas y victimarios, los cuales sufrirían de forma predominante los efectos colaterales negativos asociados con frecuencia al uso del Derecho Penal.

2. El concepto de “género” según la Ley Orgánica de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG) atiende a las recomendaciones de organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres (violencia machista). En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar entre otras iniciativas y recomendaciones internacionales que han influido en la LOPIVG, textos normativos tan importantes como:

- La Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993
- La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la mujer de 1993 o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995).
- O la Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997 que la vincula “*al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político ..*”.

Con la publicación de la LOPIVG en 2004 se establecen por primera vez medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres y sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, guarda, acogimiento o custodia víctimas de esa violencia.

La LOPIVG es una ley integral, esto es, multidisciplinar. Abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, así como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones.

Según el art. 1 de la LOPIVG el objeto de la ley es 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.

La LOPIVG define en el art. 1 la violencia de género como “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

El matiz que se hace en el art. 1 es decisivo: la violencia se define como una violencia *que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo*”. Este dato permite la identificación de la violencia de género y en su separación de la violencia doméstica. No obstante, dado que la situación de violencia sobre las mujeres puede afectar también a los menores (“otras

personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”), que se encuentran dentro de su entorno familiar, y que terminan en ocasiones siendo víctimas directas e indirectas de esta violencia, la LOPIVG contempla también su protección no solo para la tutela de los derechos de los hijos menores o sometidos a guardia, tutela o custodia, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas sobre la mujer (orden de protección).

La LOPIVG fue reformada por la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. El motivo de la reforma legislativa fue para que también se consideren a las madres víctimas de violencia de género cuando esta se ejerce contra los hijos e hijas menores o sujetos a su tutela, guarda o custodia. Es una modalidad de violencia que se denomina “violencia vicaria” o violencia por “interposta persona” que es el daño más extremo que puede ejercer un maltratador hacia una mujer: dañar o asesinar a sus hijos⁸³. Veamos un ejemplo:

“Padre que en presencia buscada de propósito de su hijo de once años y desatendiendo sus suplicas causa la muerte por estrangulamiento de su hija de tres años con la finalidad de causar dolor a su esposa”

Otro supuesto claro en que el agresor con el asesinato de sus dos hijas busca causar el daño de su ex mujer es el siguiente caso real:

Padre que mata a dos hijas pequeñas aprovechando un fin de semana en que las tenía con él. La madre tenía atribuida la guardia y custodia de las menores en virtud de resolución judicial dictada en proceso de divorcio de los progenitores. El día de los hechos se encontraban en compañía de su padre en virtud del acuerdo de régimen de visitas establecidas en el proceso de divorcio.

Por lo que se refiere al contenido, la LOPIVG comprende varios apartados (Títulos) donde se hace referencia a medidas de sensibilización, económicas, laborales, tutela institucional de los derechos de las mujeres víctimas etc. Destaca el Título V que propiciando la tutela penal, modifica la regulación de nueve artículos del Código Penal (de ahora en adelante CP) en relación a las infracciones de lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, quebrantamiento de condena y vejaciones leves. La LOPIVG también modificó el CP para establecer un tratamiento especial para los condenados por delitos de violencia de género (arts. 83 y 84 del CP) con la finalidad de que no resulte de aplicación el régimen general de suspensión condicional de las penas a los agresores condenados por delitos de violencia de género contra la mujer por quien haya sido su cónyuge o por quien haya estado ligado con ella por una relación similar de afectividad aun sin convivencia. Tratándose de penas privativas de libertad inferiores a dos años el órgano judicial solo podrá acordar la suspensión de las penas privativas de libertad impuestas a los condenados por aquellos delitos si cumple una serie de obligaciones y deberes, entre los que se encuentran no volver a delinquir en el plazo establecido (de a 5 años), prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares que determine el juez o tribunal y la participación en programas específicos de tratamiento y reeducación en igualdad de trato y no discriminación.

En sus trece años de vigencia la LOPIVG ha incorporado tres modificaciones operadas respectivamente por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas de en materia de Seguridad Social relativa a la Disposición Adicional primera sobre las pensiones de orfandad, por la Ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativa al art. 20.1 sobre asistencia jurídica gratuita y por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia relativa a

los artículos 1.2. 61.2 . 65 y 66 en relación con los hijos e hijas menores sujetos a tutela o menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género.

¿Cuáles son los inconvenientes que presenta la LOPIVG?

Pese a ser una Ley pionera, una diferencia fundamental con otros Textos internacionales es que la Ley española reduce la violencia de género a la que sufre la mujer en la familia a manos de su pareja o ex pareja de sexo masculino, y además la que tiene lugar dentro de la familia o en una relación afectiva análoga a la conyugal, dejando fuera otras modalidades de violencia, por ejemplo las que se producen en la vía pública y por otros varones.

El concepto de violencia de género aportado por la LOPIVG es reducido si se comparaba con el recogido en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Pekín en 1995 en la que se definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible un daño de naturaleza física, sexual, psicológica incluyendo amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres ya se produzca en la vida pública o privada”. O con la definición más reciente recogida en el art. 3 del Convenio de Estambul de 2011 que establece con absoluta claridad que las políticas, medidas de protección y asistencia recogidas a lo largo de su articulado se aplicarán “a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica que afecta a las mujeres de forma desproporcionada”.

La limitación de la normativa estatal hizo necesario una revisión de la legislación estatal vigente en materia de violencia contra la mujer para incluir otras formas de violencia basadas en el género (vid. Epígrafe 4 y ss.).

3. Catálogo delitos de violencia de género en el CP derivados de la LOPIVG

Las reformas más importantes derivadas de la entrada en vigor de la LOPIVG se produjeron en los delitos que integran la llamada Parte Especial del CP (Libro II). Con la intención de dar una respuesta adecuada, contundente y mostrar firmeza se regularon tipos penales específicos para supraproteger la integridad física y psíquica de la mujer cuando los actos lesivos son cometidos por el hombre con el que mantiene una relación sentimental actual o pretérita. La selección de conductas para las que se reserva un régimen agravatorio específico son las que constituyen las formas más estrictas de maltrato y que representan los atentados violentos más comunes y donde la desprotección era mayor por la benignidad de las penas de la anterior regulación. Se trata de reforzar la protección penal de las víctimas de violencia de género frente a (esas) primeras manifestaciones de la espiral de violencia. Estos delitos, conocidos coloquialmente en esta primera etapa como “violencia de género”, son los siguientes:

3.1. El delito de Lesiones Agravadas por violencia de género.

En el art. 148.4 CP se incluyó una agravación de las lesiones contempladas en el art. 147.1 CP (lesiones cuya sanidad requieren objetivamente de un tratamiento médico o quirúrgico o más de una asistencia facultativa) siempre que la víctima fuere o hubiese sido esposa o mujer que estuviera o estuviese ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (esto es, la víctima es esposa, compañera o pareja constante o no la relación) y una ulterior agravación el número 5 en relación con las víctimas “especialmente vulnerables que convivan con el autor” (para proteger a menores, personas ancianas, enfermos o discapacitadas o necesitadas de especial protección). Vemos los siguientes

ejemplos:

“Basilio acudió al lugar en el que trabajaba su mujer Rosa, y al bajar ésta a un parque cercano en el que se encontraba el hijo de ambos, Basilio se dirigió a ellos, y sacando una botella de plástico que contenía ácido clorhídrico, de una mochila que llevaba, se lo arrojó a su mujer por la cabeza, la cara, el pecho y la pierna izquierda, que sufrió quemaduras en ambos antebrazos, tardando dos meses en curar, y precisando de tratamiento médico y varias asistencias facultativas”

“Juan Antonio a raíz de que su pareja Berta le dijera que le correspondía tirar la basura salió detrás de ella hasta el salón donde le propinó un puñetazo en el ojo derecho haciendo que cayera al suelo, y cuando Berta intentaba abrir la puerta de la vivienda para escapar Juan Antonio la agarró y la arrastró hacia él para que no la abriera, llegando a causarle heridas en el costado izquierdo que precisaron varios puntos de sutura”.

Estas lesiones podrán ser castigadas con una pena de dos a cinco años y la correspondientes penas accesorias de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares que determine el juez o tribunal. Desde la reforma penal por LO 1/2015 también puede ser impuesta una pena de libertad vigilada un vez cumplida la pena privativa de libertad si el juez o tribunal lo considera oportuno.

3.2. El delito de maltrato de género

En el artículo 153 del CP, regulador de los *delitos de maltrato de género y maltrato familiar*, se distingue claramente entre la *violencia de género* descrita en el párrafo 1ª del art. 153 (la que se produce contra esposas y compañeras aun cuando la convivencia se haya roto) y la *violencia familiar* descrita en el párrafo 2ª del art.153.2 CP (la que se lleva a cabo contra el resto de miembros del círculo familiar y/o en el domicilio).

En el art. 153.1 CP se castiga el delito de maltrato de género con penas más graves la conducta de causar un maltrato o lesiones sin resultado (esto es, que no requieran objetivamente para su sanidad más de una asistencia médica, tratamiento médico o tratamiento quirúrgico) en atención a la condición del autor y de las relaciones mantenidas con la víctima (mujer). En consecuencia, el art. 153.1 entra en juego cuando el hombre maltrata, aun sin causar lesión, a una mujer con la que está o ha estado vinculado por lazos afectivos: bien sea matrimonial, pareja de hecho o noviazgo. Es indiferente que el varón agresor y la víctima hayan convivido mucho, poco o nada, pues lo único requerido es la existencia actual o pasada de una relación matrimonial o afectiva.

La lesión física o psíquica puede ser realizada *por cualquier medio o procedimiento*- que debe ser en todo caso idónea para causar un resultado de lesión que no requiera tratamiento médico o quirúrgico - o un menoscabo psíquico; o bien en *golpear* o *maltratar* pero sin exigir resultado alguno de lesión (empujones, tirones del pelo, etc.). Basta un maltrato puntual, no se requiere habitualidad, que de concurrir será sancionado a través de lo que, más adelante denominaremos, delito de violencia habitual (art. 173 del CP).

“Andrea se fue con Custodia a montar a caballo y cuando llegó de la calle al domicilio, el acusado estaba esperándola y tras reprocharle que hubiera salido a la

calle, la empujó contra la ventana, golpeándose Andrea contra ella, causándose lesiones en la muñeca y en el brazo izquierdo que no requirieron asistencia médica”.

El art. 153.1CP también se aplica cuando la víctima es una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La vulnerabilidad deberá valorarse situacionalmente pudiendo depender de factores diversos como la minoría de edad o vejez, enfermedad psíquica o física o incluso socio-personales.

En el art. 153.3 CP se contemplan cuatro supuestos agravatorios de la conducta castigada y de las correspondientes consecuencias punitivas: que la acción de maltrato se produzca en presencia de menores de edad; que se utilicen armas; que tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima; que se quebrante una pena de las contempladas en el artículo 48 CP (prohibiciones de comunicación o aproximación a la víctima en la distancia establecida por el juez) o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Respecto a la sanciones penales previstas para el autor de la acción de maltrato se previenen como penas principales en términos alternativos prisión de seis meses a un año o pena de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho y porte de armas y lo más importante, también se impone obligatoriamente al autor del maltrato las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima a la distancia que se determine por un periodo, al menos, superior en un año, y hasta cinco años, a la duración de la pena impuesta.

3.3. El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar

La figura de maltrato habitual que lesiona la integridad moral en el ámbito de género o familiar también tiene su lugar en el art. 173.2 del CP. Desde las mejores formulaciones se entiende que la reiteración de actos violentos, aunque no sean graves aisladamente considerados, termina por constituir un trato degradante precisamente porque su repetición genera en la víctima un sentimiento de humillación y envilecimiento que la cosifica y la convierte en un mero objeto a merced de su agresor.

En el delito de maltrato habitual la conducta castigada consiste en ejercer habitualmente acciones que conllevan un atentado a la integridad moral (castigos, menosprecios, humillaciones, vejaciones, lesiones, maltratos) de cualquier miembro de la familia a través de actos de violencia física o psíquica.

Violencia física es cualquier manifestación del empleo de fuerza física, desde malos tratos de obra hasta la producción de lesiones graves e incluso la muerte.

El concepto de violencia psíquica ha de entenderse como la *vis compulsiva* que genera intimidación en un grado superior a una vejación injusta. De ahí que, sin desconocer que algunos supuestos de violencia psíquica pueden tener sobre la víctima efectos semejantes a los que podría tener el empleo de violencia física, se haya defendido la adecuación de efectuar una interpretación restrictiva que exija en la práctica acciones de una gravedad semejante a la de la violencia física, que vayan más allá de meros acometimientos verbales o insultos.

En todo caso el ejercicio de la violencia física o psíquica debe ser habitual de modo que cualquiera que sea su intensidad o tipología deben conducir a crear un clima de humillación y sometimiento (en consideración a la lesión del bien jurídico protegido que se sitúa en la integridad moral de la víctima).

¿Cómo se demuestra la habitualidad? El art. 173. 2 CP no determina un número concreto de actos necesarios para conformar la habitualidad: **solo señala los criterios para apreciarla, es decir el número de actos acreditados y proximidad temporal de los mismos, con independencia de que hubiesen sido enjuiciados o no y de que hayan sido cometidos sobre los mismos o diferentes sujetos pasivos.** La jurisprudencia venía exigiendo un mínimo de tres, pero en algunas ocasiones ha considerado suficientes dos episodios violentos y en los últimos tiempos no requiere que se objetiven casos concretos de actos de violencia, sino que se demuestre que la víctima vive en un estado de agresión permanente o/y de dominación sobre la víctima. A efectos de apreciar la habitualidad, tampoco es obstáculo que actos violentos individuales hayan sido objeto de condenas en sentencia anteriores o que hayan prescrito, e incluso puede construirse con actos violentos por los que el agresor acabase siendo absuelto. Veamos algunos ejemplos:

“Durante ese tiempo el procesado Modesto cambió de actitud hacia Andrea, comenzando a mantener respecto de ella una situación de vejaciones, abusos y agresiones, y así durante el tiempo en el que estuvieron viviendo juntos Modesto se dedicó a golpear a su compañera Andrea en las manos, la tiraba del pelo, la mordía, la escupía, la golpeó en la cara, y en algunas ocasiones los golpes los efectuaba utilizando un cinturón y el cable del cargador del teléfono móvil”

Si cualquiera de estos actos violentos culmina en la producción de un ulterior resultado más grave para la salud o la vida de la víctima se castigará además con la pena correspondiente al delito (frecuentemente, lesiones, agresión sexual, detención ilegal, homicidio o asesinato incluso en grado de tentativa).

El delito de violencia habitual aunque es un prototipo de violencia de género, también incluye como posibles víctimas todos los descendientes, ascendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, si bien en el caso de éstos, aunque no lo requiera la descripción penal se exige que haya convivencia entre autor y víctima.

Las conductas descritas se castigan con penas de prisión de hasta 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas y, si el tribunal lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, y las prohibiciones de comunicación y aproximación a la víctima. Junto a estas penas, puede imponerse una medida de libertad vigilada de hasta 5 años de duración.

Estas penas se agravaban cuando alguno de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza⁸³. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan⁸³.

3.4. Delito de Injurias y Vejaciones Leves en el ámbito de violencia de género y familiar.

Una injuria es toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito, menosprecio de otra persona afectando a su fama o autoestima. El art. 208 CP se remite al art. 173.4 CP y castiga las injurias de carácter leve situadas en el ámbito de la violencia familiar o de género. Entendido literalmente este precepto resultaría inconstitucional pues lo sería el castigo como delitos de expresiones constitutivas de una injuria leve en un ámbito en que la relación íntima comporta fuertes discrepancias. El CP sería así incompatible con el amplio espacio que la libertad de expresión precisa, máxime en el ámbito íntimo, sin embargo cabe entender que se trata de injurias que en sí mismas, que serían tenidas en el concepto público por leves, son graves en las concretas circunstancias de la relación porque comportan un grave menosprecio del otro. Dadas las particulares condiciones del círculo de víctimas, se trata de ofrecer una respuesta penal específica a lo que muchas veces no es sino el primer episodio de un entramado de violencia de pareja o familiar que puede subir en intensidad y progresar hacia acciones más relevantes o hacia delitos más graves. Se suelen incluir en este tipo expresiones insultantes o soeces que incomodan y afectan a la dignidad de la víctima.

3.5. Los delitos de amenazas leves de género

Las Amenazas constituyen un anuncio explícito o no de causar un daño. El mal con el que se amenaza puede constituir delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el patrimonio, el honor, el patrimonio o el orden socioeconómico. No obstante, si el mal no constituye delito se trata de un delito de amenazas leves o que no están castigadas, salvo que el medio que se utiliza para amenazar, sean armas u otros instrumentos peligrosos. *No obstante, en materia de género hay una excepción, se castiga la amenaza leve por parte de un hombre siempre que la destinataria del mal o daño sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 171.4 CP).* Las penas son privativas de libertad hasta 1 año, trabajos a favor de la comunidad hasta 80 días y, en todo caso, privación del porte o tenencia de armas, así como cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad,

tutela, curatela o custodia, o acogimiento por un plazo de hasta cinco años. A lo anterior se añade la prohibición de comunicación y de aproximación o acercamiento a la víctima (art. 57.2 CP)

Si, por el contrario, la amenaza se considera grave deberá acudir a la aplicación de los art.169 o de los restantes apartados del art. 171 CP con la concurrencia de la llamada agravante de parentesco del art. 23⁸³.

“Sobre las 8:15 de la tarde, Cristina se encontraba en una parada de autobús en Alicante dispuesta para volver a su casa cuando pasó por la parada el acusado- que seis meses antes había mantenido una relación sentimental con Cristina- conduciendo su vehículo e insistiéndole para que se subiera con él en el coche y fueran juntos a Torrellano, lugar donde ella vive. Cristina se negó reiteradamente pero el acusado insistió llegando a decirle “SI NO SUBES PRENDERÉ FUEGO A TU CASA”. Ante el temor que provocaron sus palabras Cristina finalmente subió al vehículo”.

3.6. Delitos de Coacciones Leves de género

Las coacciones también son un *atentado violento a la libertad de hacer o no hacer*. Están presentes en otras infracciones. La coacción “básica”, como delito contra la libertad, es la que castiga el art.172 CP, y en ella no se precisa finalidad de ulterior agresión a otro bien (propiedad, libertad sexual, intimidad, paz domiciliaria). Puede haber coacción incluso con una finalidad que no sea ilícita, pero sin que el autor esté legitimado para ejercerla. Aunque el tipo penal no lo diga, la violencia puede ser física o intimidatoria (*vis absoluta* y *vis relativa*), si es apta para doblegar la voluntad. En consecuencia, a través del delito de coacciones se castiga el empleo de violencia para coartar y doblegar la libertad de la víctima “compeliéndole” o “impidiéndole” hacer lo que quiere o lo que no quiere. Las coacciones por razón de género son las descritas en el artículo 172 CP que castiga como delito la conducta del varón que ejerza una «coacción leve sobre su esposa o mujer con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia. Las penas previstas para las coacciones leves son privativas de libertad hasta 1 año, trabajos a favor de la comunidad hasta 80 días y, en todo caso, privación de porte o tenencia de armas, así como cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o custodia, o acogimiento por un plazo de hasta cinco años. A lo anterior se añade la prohibición de comunicación y de aproximación o acercamiento a la víctima (art. 57.2 CP). Veamos dos ejemplos:

“El acusado acudió al lugar de los hechos con la furgoneta del trabajo y tras entablar una discusión con Mónica, quitó las llaves del contacto del vehículo familiar con el que la denunciante había acudido a recoger a sus hijas a la salida del colegio, de manera que Mónica y las menores tuvieron que regresar a casa acompañadas de un familiar “

“El acusado esperó a su ex pareja en el parque “La Estrella” y en el momento del encuentro le exigió violentamente que le diera dos besos y que volvieran a reanudar la relación sentimental. Esta situación generó en la mujer un profundo malestar, desasosiego e intranquilidad que terminó afectando a su estado anímico y por lo que acabo denunciando a su exnovio. Por ello, el magistrado prohíbe al hombre que se aproxime a la víctima a menos de 200 metros y que se comunique con ella por cualquier medio además de condenarle al abono de las costas del juicio”.

3.7. ¿Es legítimo constitucionalmente imponer penas más graves al hombre que

maltrata, amenaza o coacciona a la mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación sentimental que a las mujeres qué realizan idéntico comportamiento?.

La creación de delitos agravados por razones del género de la víctima dio lugar a una fuerte contestación por parte de amplios sectores que entendieron vulnerado el principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la Constitución Española⁸³) porque el incremento punitivo iba dirigido únicamente a los hombres que maltratan a la mujer que es o fue su pareja. La Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 de 14 de mayo rechazó estos argumentos sobre la base de que la diferencia cualitativa en las agresiones contra las mujeres responde a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. En todo caso, fue la primera de una amplia serie de sentencias constitucionales que cerraron el debate en torno a la constitucionalidad de la reforma operada por la LOPIVG en materia penal. Desde entonces las figuras de violencia de género específicas (lesiones, amenazas, injurias y coacciones) se han consolidado en el Derecho Penal español y los tribunales de justicia las vienen aplicando con asiduidad desde su incorporación al texto legal

4. El Convenio de Estambul

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. Se abrió a la firma en la sesión núm. 121 de dicho Comité en Estambul el 11 de mayo de 2011- de ahí que sea denominado coloquialmente como Convenio de Estambul-. Este Convenio entró en vigor el 1 de agosto de 2014 y su estructura consta de un Preámbulo, 81 artículos distribuidos en 12 Capítulos y un Anexo relativo a los privilegios e inmunidades que se aplican a los miembros del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO) órgano colegiado encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones recogidas en el texto.

La importancia del Convenio de Estambul obedece a que constituye el primer instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en el ámbito europeo. Proporciona un marco normativo integral para prevenir las distintas formas de violencia contra la mujer, proteger a las víctimas y castigar a sus autores, configurando una amplia gama de medidas jurídicas y acciones estratégicas para su erradicación. Representa una aportación del Consejo de Europa para la eliminación de toda forma de discriminación para alcanzar la plena igualdad entre hombres y mujeres⁸³.

España ha incorporado el Convenio de Estambul al ordenamiento estatal mediante el correspondiente Instrumento de Ratificación de 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137 viernes 6 de junio de 2014). La ratificación del citado Convenio tiene una importancia decisiva, no solo por las obligaciones generales y específicas a las que se compromete a cumplir el estado español para alcanzar los objetivos establecidos en su art. 1, que resumidamente en su conjunto “aspiran a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, sino porque además su plena incorporación al ordenamiento jurídico interno aporta definiciones y principios que sirven para una adecuada interpretación y aplicación de las normas del derecho español, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española que impone que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Igualmente, en aquellos aspectos en los que el ordenamiento jurídico interno no esté en línea con lo exigido en el Convenio, el estado español queda obligado a derogar todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer (art. 4), así como a introducir las modificaciones normativas que sean necesarias para aplicarlo en su totalidad.

5. Objetivos fundamentales del Convenio.

El Convenio se abre con un Preámbulo en el que se reconoce que la violencia contra las mujeres es una manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género y que, esta misma violencia, es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantienen a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres. Estas declaraciones están línea con las efectuadas por otros textos normativos internacionales, entre los que cabe destacar la Recomendación General del Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer de Naciones Unidas, núm. 19 de 1992, que ya enfatizaba la motivación sexista al definir la violencia de género como la dirigida “contra la mujer por el hecho de ser mujer o que afecta a mujeres de forma desproporcionada”.

A tenor de su artículo 1, que figura en el Capítulo I, titulado “Objetivos, definiciones, igualdad y no discriminación”, el Convenio de Estambul tiene por objeto, en particular:

- a. Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia y prevenir, perseguir y eliminar tal violencia.
- b. Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres.
- a. Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- b. Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integro con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones, el Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO).

6. Ámbitos de aplicación del Convenio: los conceptos de violencia contra las mujeres, violencia doméstica y violencia de género

Los ámbitos de aplicación del Convenio de Estambul se definen en el art. 2 con amplitud objetiva, subjetiva y contextual. Objetiva porque se aplicará a “todas las formas de la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a la mujer de forma desproporcionada”. Subjetiva pues alienta a las Partes a aplicar el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica (con especial) atención a las víctimas de violencia basada en el género”. Y contextual pues el Convenio se aplicará en tiempo de paz y en situación de conflicto armado.

En el art. 3 se recogen las definiciones de violencia contra las mujeres, violencia doméstica y violencia de género como los conceptos clave fundamentales que sirven para delimitar el

ámbito de aplicación material del Convenio.

En el art. 3 párrafo a) se establece que por violencia contra las mujeres se deberá entender “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción, la privación arbitraria de libertad en la vida pública o privada.”

Al amparo de la definición detallada en el art. 3 párrafo a), el Convenio de Estambul consolida la idea de que la violencia contra la mujer es algo más que el maltrato físico y se describen y reconocen como tal todas las clases de comportamientos que tradicionalmente se han señalado: la violencia psicológica, la sexual y la económica. De nuevo, se acude a la discriminación como fuente de la mayor incidencia de esta violencia, lo que conduce a hablar de vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a lo que debe reputarse violencia doméstica, a los efectos del Convenio, el art. 3 párrafo b) la define como “todos los actos de violencia física, sexual psicológica o económica que se produce en la familia, en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que se comparta o haya compartido el mismo domicilio de la víctima”. Se trata de una definición caracterizada por su amplitud, tanto en lo que se refiere a las formas de manifestación -a saber, física, sexual, psicológica o económica- como en lo que se refiere al ámbito de producción de la violencia -en la familia, en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de la convivencia actual o pasada-. De este modo, no solo se contemplan las relaciones conyugales y de pareja, siendo factible la violencia doméstica en el ámbito de otras relaciones en la familia o en el hogar -de padres a hijas/hijos o a la inversa, o entre hermanos-.

El art. 3 párrafo d) también define la violencia contra las mujeres por razón del género “se entenderá toda violencia contra la mujer o que afecte a las mujeres de forma desproporcionada”.

Y en el art. 3 párrafo c) lo que deba entenderse por género “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considere propios de mujeres o de hombres”. Ello implica que las mujeres y los hombres no solo se diferencian por su sexo biológico, sino que también existe una categoría denominada *género* que se refiere a patrones, funciones y comportamientos establecidos socialmente que se asignan a las mujeres y los hombres. Dichos comportamientos, también denominados “estereotipos de género”, pueden contribuir a que se tolere e incluso se justifique o condone la violencia contra las mujeres. El término “mujer” incluye según la letra f) de ese artículo a las niñas menores de 18 años.

Por su parte, en el Informe Explicativo se contempla la posibilidad de que los Estados puedan extender o no la aplicación de su contenido a víctimas que no sean mujeres en función de la situación nacional y el nivel de desarrollo de la sociedad. Por tanto, se autoriza el reconocimiento de la víctima varón, pues ni en la definición de violencia doméstica ni en la de la víctima se excluye la posibilidad de que se considere al varón como víctima (art. 3 párrafo e), lo que le permitirá ser sujeto de los derechos que se reconocen en el texto del propio Convenio. Este aspecto constituye una gran novedad, pues nos encontramos ante el primer Tratado internacional que reconoce y protege a los hombres como víctimas de la violencia doméstica.

También se incluye una amplia cláusula antidiscriminación (art. 4.3) en la que se prevé que la actuación de todas sus disposiciones, en particular, por lo que se refiere a la tutela de la víctima, sea asegurada sin discriminación de origen nacional y sin exclusiones eventualmente fundadas sobre el status de inmigrante o refugiada y, en tal sentido, las legislaciones nacionales deben garantizar de manera amplia la estancia y la no expulsión (arts. 59 a 61). Igualmente, el texto del art. 4.3 invita a pensar que debe combatirse la violencia que afecta a las personas LGBTI+, que también son víctimas de la violencia de género “por razón de su género, identidad de género, expresión de género y características sexuales”. Es lo que expresa la cláusula antidiscriminación, que la violencia de género debe combatirse teniendo en cuenta las características de las víctimas “en toda su diversidad” de lengua, origen étnico y social, religión, salud, etc. Es lo que se denomina “enfoque intersectorial”.

7. Medidas de prevención

El Capítulo III del Convenio que se titula “Prevención” incluye, en particular, los arts. 12 a 17, que exponen las obligaciones generales y específicas de las Partes al objeto de promover los cambios de los modos de comportamientos socioculturales con vistas a erradicar perjuicios, costumbres y tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y hombres; de prevenir todas las formas de violencia incluidas en el Convenio; de poner las necesidades específicas de las personas vulnerables y de las víctimas en el centro de sus medidas; de velar porque no se considere que la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor” justifican actos de violencia; de dirigir a todos los niveles, campañas o programas de sensibilización; de incluir en la enseñanza, en las estructuras deportivas o de ocio y en los medios de comunicación material didáctico sobre temas de igualdad entre hombres y mujeres, los papeles no estereotipados de los géneros, el respeto mutuo, y de crear programas preventivos de intervención y tratamiento dirigidos a enseñar a quienes ejerzan la violencia doméstica a adoptar un comportamiento no violento de solución de conflictos en las relaciones interpersonales.

8. Medidas de protección y apoyo

En el Capítulo IV sobre “Protección y Apoyo” dispone en sus artículos 18 a 28 también se contemplan obligaciones generales y específicas que persiguen proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia, incluyendo mecanismos de cooperación eficaz entre todas las agencias estatales pertinentes. Básicamente, las obligaciones específicas se refieren a la adopción de todas las medidas necesarias para asegurar a las víctimas de violencia: la prestación de información (art. 19), servicios de apoyo generales (art. 20), apoyo en materia de denuncias individuales/colectivas (art. 21), servicios de apoyo especializado, tales como servicios de asesoramiento jurídico y psicológico, asistencia financiera, etc. (art. 22), casas de acogida apropiadas y accesibles (art. 23), guardias telefónicas gratuitas de 24 horas diarias (art. 24), protección y apoyo a los menores testigos (art. 26), la denuncia por parte de cualquier testigo de la comisión de un acto de violencia (art. 27) y la obligación de denuncia por profesionales (art. 28). En todo caso, es reseñable que la prestación de servicios y ayudas no quedará supeditada ni dependerá de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor del delito (art. 18).

9. Especial referencia a las Obligaciones de Derecho material

El Capítulo V del Convenio de Estambul, titulado “Derecho Material” comprende, por un lado, los artículos 29 a 32, a tenor de los cuales las Partes se comprometen a proporcionar a las víctimas recursos civiles adecuados contra el autor del delito y las autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias, al objeto de obtener en concepto de indemnización adecuada y en un plazo razonable. En concreto, se reconoce el derecho de las víctimas a obtener del Estado “una indemnización adecuada” por haber sufrido graves daños contra su integridad física o la salud, en la medida de que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado. Y también se reconoce un derecho a indemnización cuando las autoridades estatales hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes (arts. 29 y 30).

En el ámbito de las relaciones familiares se establecen dos normas: una relativa a las relaciones paterno filiales, según la cual se tendrán en cuenta, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita a los hijos, la existencia de incidentes de violencia y, en particular, que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia pondrá en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y los niños (y las niñas) (art. 31), y la otra relativa a las consecuencias civiles de los matrimonios forzosos, según la cual se posibilitará su anulación, nulidad o disolución sin que eso suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas (art. 32).

Por otro lado, el referido Capítulo V incluye los arts. 33 a 48 y que son, desde un enfoque jurídico, su centro neurálgico ya que los Estados firmantes del Convenio aceptan la obligación de tipificar como delitos punibles con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, la comisión intencionada y la tentativa, la complicidad y la participación (no de todos⁸³) en una de una serie de hechos que se detallan en los arts. 33 a 39 y a sancionar penalmente u de otra forma igualmente eficaz y disuasoria (sanciones administrativas) la conducta del art. 40 (acoso sexual). El resto de los artículos comprendidos en este Capítulo - arts. 41 a 48- detallan diversos efectos penales de esos hechos sancionables.

En los arts. 33 a 40 se exige a las Partes que adopten medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delitos los siguientes hechos, siempre que se cometan intencionadamente:

1. El hecho de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción y amenaza- art. 33, violencia psicológica-;
2. La adopción en varias ocasiones (reiterada) de un comportamiento amenazador con otra persona que lleva a ésta a temer por su seguridad -art. 34, acoso-;
3. El ejercicio de actos de violencia física sobre otra persona- art. 35, violencia física-;
4. La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier otra parte del cuerpo o con un objeto; los demás actos de carácter sexual no consentidos y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero, con las precisiones de que, en todo caso, el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes; y de que estas disposiciones se aplicarán también contra cónyuges, parejas de hecho antiguos o actuales, de

conformidad con su derecho interno -art. 36, violencia sexual, incluida la violación-;

5. El hecho de obligar a un adulto o a un menor a contraer matrimonio y el hecho de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de un Estado parte o un Estado distinto a aquel en el que reside, con la intención de obligarlo a contraer matrimonio -art. 37, matrimonios forzosos-;
6. La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clitoris de una mujer, el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados o de proporcionarle los medios para dicho fin y el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados o de proporcionarle los medios para dicho fin -art. 38, mutilaciones genitales femeninas-;
7. La práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado y el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento - art. 39, aborto y esterilización forzosa-;
8. También deben adoptarse las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal o no verbal o físico de carácter sexual que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de la persona, en particular, cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo - art. 40, acoso sexual-;

En síntesis, con el Convenio de Estambul se pone de manifiesto la existencia de una pluralidad de formas de violencia contra las mujeres que no estaban incluidas dentro del concepto de violencia de género en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Por lo que propone ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra la mujer no consentidos.

10. Otras obligaciones legislativas en el ámbito penal

El Convenio de Estambul también contiene una serie de normas de naturaleza penal complementarias y que, muy sucintamente resumidas consisten en: no se pueden aceptar causas de justificación del delito vinculadas a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto honor (argumentos de defensa muy frecuentes en delitos de mutilación genital o matrimonios forzosos), así como la irrelevancia a los efectos de la sanción penal de la relación de parentesco existente entre el agresor y víctima (art. 43). También se incluye en el art. 44 de dicho Convenio que la competencia para perseguir los delitos previstos en los arts. 36 a 39, esto es, los relativos a la violencia sexual, los matrimonios forzoso, las mutilaciones genitales y los abortos y esterilizaciones forzosas, no ha de supeditarse a la previa presentación de la denuncia por la víctima o a una denuncia del Estado del lugar en el que el delito se haya cometido (todos los delitos son perseguibles de oficio o persecución pública por el Ministerio Fiscal).

Se insiste en que deben considerarse circunstancias agravatorias entre otras, y siempre y cuando no sean un elemento esencial del propio del delito: la existencia de relaciones de parentesco o afectivas actuales o antiguas, el abuso de autoridad, la reiteración de los hechos, la vulnerabilidad de la víctima, la comisión del delito contra o en presencia de un

menor, la actuación en grupo –dos o más personas conjuntamente-, la violencia de extrema gravedad, la comisión del delito utilizando o amenazando con un arma, la producción de graves daños físicos o psicológicos a la víctima y las condenas anteriores por hechos de similar naturaleza (arts. 46), incluyendo las condenas penales firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de otros Estados Partes (reincidencia internacional).

En el apartado de penas, en el art. 45, se exige que los delitos previstos en el Convenio sean castigados con penas efectivas, proporcionales y disuasorias según su gravedad. Estas penas incluirán penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. Otro tipo de medidas complementarias en relación a los autores de estos delitos son el seguimiento o la vigilancia de la persona condenada (libertad vigilada) y la pérdida de los derechos de la patria potestad, si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de otra forma (inhabilitación o privación de la patria potestad o de otros derechos tutelares).

En otro orden de exhortaciones a las Partes, también se establece la prohibición de acudir a modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación; así como que en el caso de que se condene al pago de la multa se tenga en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima (art. 48).

11. Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección

El Capítulo VI del Convenio de Estambul, reservado a la “Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección” recoge, en primer lugar, unas obligaciones generales según las cuales las Partes deben adoptar las medidas legislativas necesarias para proscribir dilaciones indebidas o demoras injustificadas en los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el Convenio.

En orden a las obligaciones específicas hay una llamada a los cuerpos y fuerzas de seguridad para que tomen de forma rápida y adecuada medidas de prevención y protección inmediata de la víctima, incluidas las medidas operativas preventivas y la recogida de pruebas. También se demanda que se adopten las medidas legislativas necesarias para que las autoridades pertinentes puedan llevar a cabo una valoración y gestión del riesgo (de letalidad) que permitan clasificar y proteger a la víctima en función del mismo, así como informar a las autoridades judiciales de sus estimaciones. A fin de que se establezcan el nivel de riesgo, las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado habrán de averiguar las circunstancias en las que se ha producido la situación de violencia de género, el tipo de relación que mantiene la víctima con el agresor, los antecedentes del agresor y su entorno, si existen hijos menores o no y en su caso si están presentes, las circunstancias familiares, sociales económicas y laborales de la víctima y el agresor, el historial de retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección concedido (Sistema VIOGÉN o Protocolo para la valoración del nivel de riesgo de violencia de género y gestión de seguridad de las víctimas)⁸³.

Un número importante de disposiciones recogidas en el Capítulo VI del Convenio buscan facilitar las relaciones de las víctimas con la Justicia penal e incluso prevenir nuevos procesos de victimización futuros (victimización secundaria). En este sentido, una medida importante, es la referida a que en cualquier procedimiento civil o penal las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente u necesario (art. 54).

Igual de trascendental es que el inicio de las investigaciones o procedimientos penales relativos a la violencia física, violencia sexual, matrimonio forzoso, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilizaciones forzosas no dependan de la denuncia -o al menos totalmente- de la víctima del delito, de modo que el procedimiento pueda continuar su tramitación, incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia. En todo caso, se insta a que se garantice, de acuerdo con las condiciones previstas en el derecho interno, la posibilidad de que las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y los consejeros especializados en violencia doméstica puedan asistir y/o apoyar a las víctimas, a petición de estas, a lo largo de las investigaciones y procedimientos judiciales (art. 55). Se garantiza el derecho a asistencia jurídica y ayuda legal gratuita según las condiciones previstas en el derecho interno (art. 57).

Además las Partes en el Convenio de Estambul prevén que estén disponibles mandamientos y órdenes de protección adecuados, que no supongan una carga económica o administrativa excesiva para la víctima, en particular, en situaciones de peligro inmediato, ordenando que el autor del acto de violencia doméstica abandone el lugar de residencia de la víctima. Las víctimas deben estar al amparo de riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización, por lo que deben ser informadas cuando el autor del delito se evada o salga en libertad de forma temporal o definitiva.

En consideración al interés superior del menor, en el art. 56.2 también se establece que se deberán tomar medidas de protección específicas del menor que haya sido víctima y testigo de actos de violencia contra la mujer. Y también que los plazos de prescripción para iniciar un procedimiento penal relativo a los delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzoso, mutilaciones genitales femeninas y aborto o esterilización forzosa tengan una duración suficiente y proporcionada a la gravedad del delito de que se trate, a fin de permitir la tramitación eficaz del procedimiento después de que la víctima haya adquirido la mayoría de edad (art. 58).

12. Migración y Asilo

En el Capítulo VII del Convenio de Estambul sobre “Migración y asilo” se regulan tres cuestiones relevantes para la situación de las mujeres extranjeras: el estatuto de residente, el asilo de género y la no devolución.

El estatuto de residente se regula en el art. 59 que recoge la obligación de conceder a las víctimas, cuyo estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, un permiso de residencia autónomo en situaciones particularmente difíciles, así como la obligación de que se adopten las medidas necesarias para que las víctimas obtengan la suspensión de los procedimientos de expulsión relacionados con dicho estatuto. Este artículo prevé a continuación que se conceda un permiso de residencia renovable cuando la estancia de la víctima sea necesaria respecto a su situación personal o a los fines de cooperación en el marco de una investigación o de procedimientos penales. Por último, conforme a dicho artículo las víctimas de matrimonios forzados llevadas a otro país a fines de celebración de tal matrimonio y que pierden en consecuencia su estatuto de residente deben poder recuperar este estatuto.

Por su parte, el art. 60 establece que la violencia contra la mujer basada en el género debe reconocerse como una forma de persecución en el sentido del art. 1 A del Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados, firmado en Ginebra el 28 de julio de 1951 y como una forma

de daño grave que da lugar a la protección subsidiaria. Igualmente, de acuerdo con el art. 61 del Convenio de Estambul las víctimas de violencia contra la mujer necesitadas de protección no pueden ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pueden ser víctimas de torturas o de penas inhumanas o degradantes.

Por último, cabe destacar en el Capítulo VIII dedicado a la cooperación internacional, sobresalen las disposiciones dirigidas a establecer instrumentos procesales de cooperación internacional civil y penal recogidos en los arts. 62 a 65. También hay una llamada a la armonización legislativa en el ámbito procesal en orden a garantizar la persecución extraterritorial de los delitos previsto en el Convenio: la obligación de adoptar medidas legislativas uniformes o recíprocas para asegurar la competencia judicial internacional, buscando evitar situaciones impunidad (por ejemplo, la comisión de un delito por un nacional en otro territorio donde no está sancionado penalmente idéntico comportamiento).

13. El Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO)

Para vigilar la aplicación efectiva de sus disposiciones y el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Parte, el Convenio de Estambul crea un mecanismo de seguimiento específico: se trata del Grupo de Expertos y Expertas en la lucha contra la violencia de las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO). El Capítulo IX, en concreto, en los arts. 66 a 70, se dedican a regular su composición, métodos de elección, duración del mandato y funciones. Está constituido por diez miembros como mínimo y un máximo de quince. En su composición debe tomarse en consideración una participación equilibrada tanto en términos de género, como a nivel disciplinar. Los miembros del GREVIO serán elegidos entre los candidatos y candidatas designadas por los Estados firmantes del Convenio y con un mandato de 4 años prorrogables una sola vez. Se encargará de controlar la aplicación del instrumento y podrá adoptar cuando proceda recomendaciones generales acerca de la aplicación del Convenio (vid. Capítulo IX).⁸³ Puede recibir informaciones relativas a dicha aplicación de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil y ha de tomar en consideración las informaciones de que se disponga en otros instrumentos y organizaciones. Puede además organizar visitas a países de que se trate, en su caso asistida por especialistas. Se encomienda al GREVIO la elaboración de un informe sobre la Parte en el Convenio de Estambul que sea objeto de evaluación, a fin de que el Comité de las Partes establecido en el art. 67 del Convenio adopte recomendaciones dirigidas a esa Parte.

14. Adaptación de la legislación española a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul.

La legislación penal española tras la reforma derivada de la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPIVG) fue pionera en la tendencia político- criminal de considerar la violencia de género como una manifestación de la opresión de las mujeres en la estructura social. Hasta su publicación el Código Penal español se limitaba a sancionar como delito o falta la violencia doméstica. Pero su objetivo protector no era erradicar la violencia de género como una manifestación de la discriminación, la situación de la desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, sino la protección de la institución familiar o de la paz familiar como apuntaban los tribunales de justicia en sus sentencias. La protección penal específica a la mujer no se justificaba por la situación de discriminación, sino por su “vulnerabilidad”. Esto traía consigo la minusvaloración de la mujer, equiparándola en esa

situación especial de vulnerabilidad a los menores e incapaces que convivían con el autor de la agresión. Fue la LOPIVG la que apostó de forma decidida por introducir en la ley procesal y en el Código penal español medidas cautelares (orden de protección), medidas civiles y delitos de género específicos para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas, malos tratos, amenazas, coacciones cuyos autores eran sus cónyuges o parejas.

La selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad sino de su frecuencia comisiva y porque estos actos violentos eran considerados como una manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Pero pese a ser una Ley pionera, la LOPIVG se reduce a la consideración de violencia de género a la que sufre la mujer en la familia a manos de su pareja o ex pareja de sexo masculino, y además la que tiene lugar dentro de la familia o en una relación afectiva análoga a la conyugal, dejando fuera otras modalidades de violencia, por ejemplo las que se producen en la vía pública y por otros varones.

En este sentido, el concepto de violencia de género aportado por la LOPIVG es reducido y hace que queden excluidas del ámbito de protección de la Ley todas aquellas mujeres que son víctimas de violencia de género en otros ámbitos distintos al de aquellas relaciones afectivas actuales o pretéritas. De ahí que tras la entrada en vigor del Convenio de Estambul los poderes públicos deben poner especial énfasis en dar una respuesta multidisciplinar a las demás modalidades de violencia sobre la mujer, pues el Convenio establece, entre otros objetivos, concebir un marco global de políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres sin distinción. Por de pronto, este reclamo internacional se ha traducido en la aprobación de cuatro leyes: la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código penal, cuyas modificaciones revisaremos más adelante, la Ley 4/2015 de 27 de abril que regula el Estatuto Jurídico de la Víctima del delito, la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de junio de modificación del sistema de protección jurídica a la Infancia y Adolescencia; y la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y a la Adolescencia contra la violencia, y cuya Disposición Final Sexta introducirá importantes modificaciones en el Código Penal español y la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de diciembre sobre Garantía Integral de la Libertad sexual.

15. Adaptación del Código penal español a las obligaciones derivadas del Convenio de Estambul

No obstante, y con la salvedades expresadas en el párrafo anterior, las definiciones del art. 3 del Convenio Estambul no presentan problemas de compatibilidad con la legislación penal existente, pues muchas de las formas de violencia contra las mujeres allí expresadas reciben una respuesta en el Código Penal español, incluso los denominados “daños o sufrimientos de naturaleza económica” que podrán denunciarse a través del delito de abandono de familia (art. 226)⁸³ o el delito de impago de pensiones (art. 227). Una parte importante de los comportamientos descritos en el Convenio de Estambul respecto a los que se obliga a los Estados miembros introducir en su legislación interna ya están recogidos en el CP español como delitos de violencia de género, y otros han sido introducidos con ocasión de las diversas reformas experimentadas por el CP español (aborto no consentido⁸³, delito de mutilaciones genitales, matrimonio forzoso, acoso predatorio o stalking, difusión no consentida de imágenes íntimas o sexting, acoso sexual, etc.). Si bien hay que destacar que estos delitos no son tipos penales sexuales, tras la reforma del CP por la Ley Orgánica 1/2015 podrán experimentar una especial agravación de la pena a través de la aplicación de la circunstancia agravante por discriminación de género prevista en el art. 24.4 del CP.

Prescindiendo de hacer referencia en este apartado a otras obligaciones de penalización

establecidas en el Convenio, por cuanto ya han sido analizados en otras sedes (Tema 5º delitos contra la libertad sexual) a cuya lectura remitimos, otros tipos penales que están en línea con las exigencias establecidas en los arts. 33 a 39 y 40 del Convenio de Estambul son los siguientes:

16. Delito de mutilaciones genitales

La legislación penal española cumple con la obligación establecida en el art. 38 del Convenio de Estambul pues castiga el delito de mutilación genital en el art. 149.2 del CP.

En líneas generales la mutilación genital consiste en la práctica de la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales o religiosas o por otros motivos no terapéuticos. En consecuencia, el delito castigaría todas aquellas actuaciones que alteran o causan lesiones de forma intencionada (o imprudente) a los órganos genitales femeninos sin que existan razones médicas que la justifiquen.

La Ley Orgánica 11/2003 de 20 de septiembre reformó el art. 149 CP que castiga el delito de lesiones graves y añadió el delito de mutilación genital femenina. Dicho artículo describe el tipo agravado de lesiones en atención a la entidad de los resultados causados (por ejemplo, causar la pérdida o la inutilidad de un órgano, miembro principal o sentido, impotencia o esterilidad o grave deformidad) a los cuales se equipara “el causar a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones” castigándolo con una pena privativa de prisión de 6 a 12 años.

El tipo penal al describir la mutilación de genitales externos es un tipo penal no sexuado siendo por tanto autor y víctima indiferenciados, pudiendo tratarse tanto de un hombre como de una mujer. Sin embargo, es un prototipo de delito de género porque expresadamente la mutilación genital persigue controlar la sexualidad de la mujer. La posibilidad de disociar la realización del acto sexual y la obtención de placer por la mujer es donde se encuentra el origen de la ablación como medio de sumisión y masculino⁸³.

Como quiera que en la mayoría de las ocasiones son los padres o los familiares directos de las víctimas los que las obligan a someterse a estas prácticas es por lo que se ha previsto siempre como pena principal la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para proteger a las niñas de futuras agresiones⁸³.

La jurisdicción penal española es competente para perseguir la mutilación genital practicada tanto dentro como fuera del territorio español (persecución extraterritorial), en virtud de lo previsto en el art. 23.4 de la LOPJ, ya sea realizada por españoles o extranjeros cuando se cumplan las condiciones especificadas en el art. 149 y siempre que la persona a quien se le impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

El plazo para perseguirla es de 15 años desde que se hubiera practicado. Igualmente, teniendo en cuenta que la mutilación genital es un delito ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “los que por razón de su cargos o sus profesiones tuvieran noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o funcionario de policía más próximo si se tratase de delito flagrante”. Asimismo, el art. 135 de esta Ley menciona de modo explícito la obligación de los y las profesionales de la medicina en este sentido: “si el hecho criminal que motive la formación de una causa cualquiera consintiese en lesiones los médicos que asistirán al herido estarán

obligados a dar parte de su estado”.

17. Delitos de matrimonios forzados

De acuerdo con lo establecido en el art. 37 del Convenio de Estambul, la reforma del CP de 2015 introdujo en el art. 172 bis la figura delictiva conocida como delito de matrimonio forzoso y en ella se castigan dos comportamientos diversos:

- a) compeler a otra persona, esto es obligarla en contra de su voluntad, a contraer matrimonio, mediante el uso de la violencia o la intimidación grave (art. 172.bis 1º).

La finalidad de esa acción violenta o gravemente intimidatoria ha de ser que la persona compelida contraiga matrimonio en contra de su voluntad. Ese matrimonio ha de ser, en todo caso, real, con persona determinada, con independencia de que sea o no conocida por el contrayente obligado, y en un plazo cierto, si bien no es exigible que esté determinada la fecha para dar lugar a la comisión del tipo. Tampoco se requiere que el matrimonio vaya a celebrarse en España, ni que éste sea conforme a la legislación española ni que esté destinado a tener validez legal en nuestro país. Resulta irrelevante, asimismo, la causa o motivación por la cual quiere imponerse a la persona el matrimonio (motivos culturales, religiosos, económicos, cumplir una promesa, pagar una deuda de honor, regularizar la situación administrativa de la persona coaccionada o del otro contrayente, etc.).

No existe en el tipo ninguna especialidad en cuanto al sexo o las relaciones familiares o de otra índole que vinculen a los autores y víctimas del delito. No obstante, pese a la naturaleza indiferenciada del sujeto pasivo del delito se apunta, desde una perspectiva criminológica, que estamos ante un claro exponente de delito de violencia contra la mujer en la medida en que las víctimas son, en su inmensa mayoría, mujeres y niñas.

- b) También se castiga (art. 172. bis 2) utilizar violencia intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español, para impedirle regresar al mismo con la finalidad de obligarle a contraer un matrimonio.

El art. 172.bis 3 prevé un tipo agravado para el supuesto de que las conductas anteriormente descritas tengan como sujeto pasivo a un menor de edad.

Tras la reforma por Ley Orgánica 10/2022 de 6 de diciembre sobre Garantía Integral de la Libertad sexual en las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos.

La conducta castigada como matrimonio forzado presenta importantes conexiones con el delito de trata de seres humanos y debe castigarse como una de las modalidades de trata de seres humanos del art. 177bis 1 e) cuando la trata de personas se lleva a cabo con ese fin.

18. El Delito de Acoso predatorio o *stalking*

También la tipificación por la LO 1/2015 del delito de acoso (hostigamiento o conocido por su nomenclatura anglosajona como *stalking*) en el art. 172 ter es fruto de las obligaciones supranacionales asumidas por España tras la ratificación del Convenio de Estambul (art. 32). Se trata con ello de «ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas».⁸³

Por lo que se refiere a la descripción de la conductas castigadas el CP español ha optado por, siguiendo la línea de los ordenamientos penales alemán y austriaco, limitarse a enumerar, de forma abierta, las siguientes conductas: a) la vigilancia, la persecución o la búsqueda de la cercanía física de la víctima; b) el establecimiento o intento de establecimiento de contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas; c) el uso indebido de los datos personales de la víctima para la realización de alguna de las siguientes actuaciones: la adquisición de producto, la contratación de servicios, la puesta en comunicación con ellas de terceras personas; d) el atentado contra la libertad o el patrimonio bien de la víctima bien de una persona próxima a ella.

El comportamiento castigado no queda plenamente realizado con la mera constatación de la realización de alguna de las conductas anteriores, sino que su comisión debe ser el reflejo de un patrón conductual del acosador. En base a esta exigencia, para resultar punibles esos actos de intromisión ilegítima es preciso que estos se realicen, de forma insistente y reiterada. En consecuencia, más que la pluralidad de actos intrusivos, es que su repetición o frecuencia sean de una entidad tal que permitan al órgano judicial llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de temor, inseguridad o desasosiego del que resulte una alteración del desarrollo de su vida cotidiana, llevando a la víctima a modificar su forma de actuar (cambiar cerraduras, dejar de ir por el itinerario habitual de casa al trabajo, renunciar a las zonas de ocio, cambiar la residencia o domicilio, el número de teléfono, o simplemente dejar de salir de casa para relacionarse). Es indiferente, a este respecto, que el acoso se materialice en la misma o en diversas de las conductas señaladas en el precepto.

El delito de *stalking* recoge una serie de actos de hostigamiento reiterados y persistentes muy propios de las rupturas de pareja pero la agravación de la pena no se concreta cuando la víctima es la mujer- pareja, sino que resulta agravado por la condición de la víctima (especialmente vulnerable) y un tipo especial de violencia familiar según el esquema del artículo 173.2. es decir, en caso de violencia doméstica. Esta agravación resulta interesante puesto que en la fase de ruptura existe una tendencia importante al acoso, que se incrementa en el caso de uso de redes sociales que, como es sabido favorece la *violencia de control*⁸³, siendo la mayor prevalencia la del sujeto activo varón sobre la mujer.

La reforma por Ley Orgánica 10/2022 de 6 de diciembre sobre Garantía Integral de la libertad sexual ha añadido un nuevo párrafo quedando como sigue art. 173.5. *El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Si la víctima del delito es un menor o una persona con discapacidad, se aplicará la mitad superior de la condena.*

19. La agravante genérica por discriminación de género

La reforma del Código Penal de 2015 ha introducido un nuevo motivo de discriminación en la circunstancia agravante genérica en el art. 24.4 del CP donde se añade entre los motivos de discriminación que agravan la conducta (y permiten elevar la pena) el hecho de actuar delictivamente por razones de género. Es una cláusula general que permite extender la tutela penal a todas las mujeres frente a los ataques machistas de los hombres y no solo de aquellos que provienen de los que tuvieron o hubieron tenido una relación sentimental con ellas. Se trata de una circunstancia agravante que, si bien no podrá aplicarse a los delitos que de por sí agravan la pena por el móvil discriminatorio, pues ya contemplan en su descripción

la variable violencia de género como motivo de agravación (lesiones, coacciones y amenazas leves) si puede aplicarse al resto de los delitos en que la discriminación no forma parte de los elementos que describen la conducta castigada: homicidio, asesinato, abusos sexuales y agresión sexual, acoso sexual, detenciones ilegales o coacciones y amenazas graves, etc. También al añadir el género entre los motivos de discriminación, lleva a calificar y agravar los casos de discriminación no solo por razones de sexo-género, sino también los que no resulten clasificables dentro de esa lógica binómica del sexo, como trabajadores sexuales, drag queens y otros disidencias. Con su presencia en el CP se colma de este modo una laguna relativa a aquellos delitos susceptibles de comisión en un contexto y por motivaciones de género y en los que sin embargo esta circunstancia no ha sido prevista en el tipo delictivo (asesinato, homicidio, violación, detención ilegal, abusos sexuales, agresión sexual, mutilación genital femenina, sexting, matrimonio forzosos, etc.).

20. Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017

Como hemos dicho el art. 5 del Convenio de Estambul exige a los Estados que tomen las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida y para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito del mismo⁸³.

Para el pleno desarrollo de las obligaciones contraídas con la firma del Convenio en España se dieron los siguientes pasos:

El 15 de noviembre de 2016 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a promover la suscripción de un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género por el Gobierno, las Comunidades Autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación de Municipios y Provincias que siga impulsando políticas para la erradicación de la violencia sobre la mujer como un verdadera política de Estado. El Congreso en su Sesión Plenaria del 28 de septiembre de 2017 aprobó sin ningún voto en contra el Informe de la Subcomisión parlamentaria para un Pacto de Estado en materia de Violencia de género.

Por su parte, la Subcomisión de Igualdad del Senado decidió el 21 de diciembre de 2016 la creación de una Ponencia que estudiase y evaluase también aspectos de prevención, protección y reparación de las víctimas y analizase la estrategia para alcanzar e implementar un Pacto de Estado contra la violencia y examinase la LOPIVG. El resultado fue el Informe de la Ponencia para la elección de estrategias contra la violencia de género aprobado por unanimidad por el Pleno del Senado el 13 de septiembre de 2017.

Ambos informes contienen un conjunto de propuestas para mejorar la respuesta desde la instituciones, proporcionando a las mujeres víctimas y a sus hijas e hijos menores o a los sujetos su guarda, tutela o acogimiento.

Desde la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, órgano del Gobierno encargado de coordinar e impulsar la ejecución de medidas del Pacto de Estado se ha elaborado un documento único que refunde las medidas aprobadas en ambas Cámaras, dando en un total de 292 medidas estructuradas en 10 ejes de acción. Dicho documento recibe el nombre de Pacto de Estado contra de Violencia de Género de 2017 (BOE 3 de agosto de 2017). Los principales ejes de acción inciden en los ámbitos de sensibilización y prevención, mejora de la respuesta institucional, perfeccionamiento de la asistencia y ayuda y protección a las víctimas, protección de los menores, formación de los distintos agentes,

Desde la UE se anima participar en acciones que asocien a los sectores público y privado y se centren en la sensibilización de la población, en especial los consumidores, sobre los costes y peligros que entraña la ciberdelincuencia, evitando al mismo tiempo minar la confianza de consumidores y usuarios centrándose únicamente en los aspectos negativos en relación con la seguridad.

21. Prevención victimal

Por último, la prevención de crímenes cibernéticos se logra mediante la educación al ciudadano sobre temas relacionados a la seguridad informática. El reto mayor para controlar la proliferación de los delitos en informática es crear una cultura de seguridad, tanto en el área laboral como el área personal. El desarrollo de campañas de orientación por parte de los diversos sectores tanto públicos como privados es una herramienta muy poderosa en la lucha anti- crimen cibernético.

seguimiento estadístico, recomendaciones a las Administraciones Públicas y otras instituciones, visualización y atención de otras formas de violencia contra las mujeres, compromiso económicos y seguimiento del Pacto.

o de sus cuentas la cantidad \$79.99 dólares. Las empresas financieras accedieron a cooperar voluntariamente en la revisión de cientos de miles de millones de dólares en transacciones bancarias hasta llegar al número de 322 personas que fueron identificadas y acusadas.

Materia Formas Específicas de Criminalidad I
3º Curso del Grado de Criminología
Curso académico 2023/2024

©Inma.valeije@usc.es

TEMA 6: El maltrato familiar (II PARTE)
La violencia contra los niños y niñas en el ámbito familiar

“El hijo y el esclavo son propiedad de los padres y nada de lo que se haga con lo que es propio es injusto”

Aristóteles

Sumario.

- 1. Introducción.**
- 2. Concepto de violencia que se dirige a los niños y niñas.**
- 3. La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.**
- 4. Criterios clasificatorios del maltrato infantil.**
- 5. Tipos de violencia contra los niños y las niñas existentes en el ámbito familiar.**
- 6. Modelos explicativos para la explicación del maltrato infantil.**
- 7. Factores de riesgo del maltrato infantil.**
- 8. Estrategias de prevención, sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia infantil.**

1. Introducción

La idea de que los niños y niñas son individuos y sujetos de derecho es algo muy novedoso en la historia de la humanidad. Consecuentemente, se considera que la violencia hacia los menores es un problema también nuevo. Históricamente, los niños y niñas se han visto como propiedad de los padres, como refleja la frase de Aristóteles, y hay que tener en cuenta que las ideas de Aristóteles ejercieron una gran influencia en el pensamiento occidental. De modo que el infanticidio, el abandono y la violencia eran prácticas habituales y socialmente aceptadas. En algunas culturas el infanticidio era un método aceptado como medio de controlar la población y eliminar niños y niñas con discapacidades. El abuso y explotación sexual de los menores también tiene orígenes muy antiguos.

Históricamente no existía un concepto específico sobre infancia, sino que este periodo se consideraba una etapa necesaria para pasar a la vida adulta y los niños a partir de cierta edad ya pasaban a realizar las mismas tareas que los adultos. No es hasta aproximadamente la época de la Ilustración cuando surge cierto interés por la infancia y el niño desprotegido, pero, aun así, la violencia seguía siendo habitual.

Con la Revolución Industrial del siglo XIX los niños sufrieron una explotación laboral masiva. Trabajaban en pésimas condiciones y la mortalidad infantil era muy elevada. Sin embargo, durante esta época empezó a surgir un nuevo modelo de familia, el modelo burgués, que corresponde a las clases altas de la sociedad, y que presentaba a la madre como el centro familiar⁸⁴.

Es aproximadamente a partir de la mitad del siglo XX cuando empiezan a recibir cierto reconocimiento los derechos del niño y con ellos la problemática de la violencia hacia niños y niñas. De ahí, que al siglo XX se le ha llamado el siglo de la infancia. Es el desarrollo de la radiología el que contribuye a su visibilidad pues surgen las primeras descripciones sistemáticas del maltrato infantil en diferentes trabajos académicos.

La preocupación a nivel internacional surge con la Declaración Universal de los Derechos del Niño en el año 1948 aunque no sería hasta la Convención de los Derechos del Niño de 1989 cuando puede hablarse de una incorporación legislativa y constitucional de la protección del menor en ordenamiento específico de cada país⁸⁵.

En las últimas décadas, la sensibilidad social ante el maltrato infantil se ha incrementado, y paralelamente, las formas de detección, notificación e intervención contra todas las formas de violencia hacia dicho colectivo, advirtiendo en cualquier caso la necesidad de impulsar nuevas estrategias de conocimiento sobre los sucesos de maltrato, así como la especial atención que debieran recibir aquellos menores que sufriendo las consecuencias de tales

⁸⁴ Un caso que ilustra muy bien la pobre situación de los niños históricamente es el de Mary Ellen Wilson en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Se trataba de una niña de 9 años maltratada físicamente y por negligencia. Se recurrió a la Ley contra crueldad con los animales y un tribunal de Nueva York pudo dictar una sentencia condenatoria en 1874 hacia sus agresores argumentando que la niña, como parte del reino animal, debía al menos tener tanta protección como cualquier otro animal. Es decir, existía una ley contra la crueldad con los animales, pero no contra la crueldad hacia los niños y niñas.

⁸⁵ En 1962 H. Kempe publicó el famoso trabajo sobre el síndrome del niño apaleado (the Batettred Child Syndrome). Con estas publicaciones la sociedad pareció reaccionar y se introdujeron modificaciones legislativas sobre todo en Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania y los países nórdicos. En España el cambio social y político en cuanto a derechos del niño y la niña no tuvo lugar hasta la década de los 80.

atrocidades todavía requieren un mayor apoyo ciudadano, como los menores extranjeros o inmigrantes⁸⁶.

2. Concepto de violencia que se dirige a los niños y niñas.

No existe una definición unitaria que haga referencia al fenómeno de la violencia intrafamiliar hacia los niños y niñas en tanto que es una cuestión compleja que ha de ser estudiada desde muy diversas perspectivas (social, médica, jurídica, familiar...).

Por lo que se refiere al maltrato infantil, la Asamblea General de Naciones Unidas en la Convención de los Derechos del Niño celebrada de noviembre de 1989 identifica el maltrato al niño como *“toda violencia, perjuicio, un abuso físico mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación, mientras que el niño se encuentra bajo la custodia de sus padres, del tutor o de cualquier otra persona que le tenga su cargo”*.

Esta definición no contempla agresiones que suelen ser muy frecuentes y comunes a casi todos los niños en su época de desarrollo: las agresiones a manos de iguales (Bullyng) o de los hermanos, el castigo físico, el hurto y el vandalismo.

Más exactamente, el maltrato de infancia abarca desde el niño apaleado (*battered child*) hasta las violencias psicológicas, abuso sexual junto con la negligente atención de las necesidades para un crecimiento y desarrollo adecuado, de tal modo que ocurre maltrato a la infancia cuando el niño es sujeto de acciones y omisiones por adultos cercanos (familia o entorno social) o instituciones que afecten a su desarrollo físico, psíquico afectivo y/o social, sin lesiones evidentes, pero percibidas por los adultos que las infringe como dañinas.

En este contexto el término maltrato infantil dentro del ámbito familiar ha de referirse a toda aquella acción u omisión consistente en poner en peligro la salud física o mental o la seguridad de un menor de 18 años por parte de sus familiares o personas responsables de su cuidado.

Algunos autores utilizaron la denominación del Síndrome de niño maltratado (SNM). Entendiendo por tal acepción una de las formas que asume el fenómeno de violencia doméstica, constituyendo una entidad pediátrica y legal que puede definirse por el daño físico y psicológico inferido al niño mediante agresiones reiteradas en el tiempo, provocadas por uno o más adultos que están a cargo de la víctima. En consecuencia, los elementos esenciales que definen el referido síndrome de maltratado serían los siguientes: a) la consideración del menor como víctima en cualquier etapa de desarrollo, b) el agresor es uno o más adultos, cuya vinculación con el menor es parental y a veces institucional), c) la cronicidad de la agresión; y d) el daño o efecto consecuente pudiera ser tanto físico como psicológico.

Es importante tener en cuenta que el concepto de violencia doméstica a niños y niñas no sólo se produce en el contexto tradicional del ámbito familiar cuando se hace alusión a la responsabilidad de tales figuras biológicas sino que ha de extenderse también aquellas personas responsables de su cuidado o relación tuitiva (tutor, curador, el responsable de acogimiento).

⁸⁶ Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Maltrato infantil detección y registro de casos, Observatorio de Infancia.

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=7&subs=8&cod=265&page=>

En definitiva, sintetizando lo que hemos dicho hasta este momento se entendería el maltrato la infancia, como el conjunto de alteraciones provocadas al menor de edad y que es efectuado de forma intencional y reiterada por familiares o cualquier otra persona de su entorno social cercano y que propiciará el desarrollo de graves secuelas en el desarrollo de su personalidad.

Las secuelas de maltrato infantil se ha dicho que podrían incluso acontecer en la adultez cuando los factores de protección del menor resultaran ser insuficientes e impactarán directamente los acontecimientos traumáticos sobre la entonces estructura psíquica moldeable del menor, conjunto de variables a las que además se suman los efectos de las secuelas físicas de hecho en cuestión.

La sintomatología puede ser muy diversa (problemas de conducta, dificultades a nivel académico, trastornos del sueño etcétera) y principalmente afectarían al área de la afectividad y a la aparición de una sintomatología ansiosa muy diversa.

No obstante según la etapa de desarrollo la cualificación y cuantificación de las manifestaciones comportamentales varia apreciándose desde la presencia de desinterés y tristeza constante en menores de cinco años o de un Trastorno por déficit de atención e hiperactividad en la infancia (TDAH) con repercusiones en la edad escolar, hasta aquellos comportamientos caracterizados por conflictos frecuentes con los progenitores o la adicción al consumo de tóxicos durante la adolescencia .

Por último, cabría advertir que dicho acontecimiento experimentado de manera habitual y repetido en el tiempo si bien es cierto que deposita un conjunto de secuelas en el menor víctima por parte de un tercero, también es verdad que podría suponer un aprendizaje de tales comportamientos no comprendidos en su momento inicial como disfuncionales. Se desprende de ello la posibilidad de que el menor repita la conducta que sobre él se está ejerciendo, no sólo sobre su grupo de iguales sino en un futuro dentro de su núcleo familiar. Se refiere esto último a la Teoría de la transmisión intergeneracional.

3. La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

La Ley Orgánica 8/2021 pretende combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una perspectiva integral, incide en la prevención, la socialización y la educación y establece medidas de detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados de la víctima.

La denominada "Ley Rhodes" tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

Define la violencia como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas,

injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

El texto entiende por buen trato a los efectos de la norma aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños y adolescentes.

La Ley 8/2021 será de aplicación a los menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y a los menores de nacionalidad española en el exterior en los términos establecidos en el artículo 51. Las obligaciones establecidas en la ley serán exigibles a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen o se encuentren en territorio español.

La norma también establece los fines y criterios generales de la ley —entre ellos, la prohibición de toda forma de violencia sobre los niños y adolescentes, la prioridad de las actuaciones de carácter preventivo y la promoción del buen trato a los menores—, regula la formación especializada de los profesionales que tengan un contacto habitual con menores de edad y recoge la necesaria cooperación y colaboración entre las administraciones públicas, creando la Conferencia Sectorial de la infancia y la adolescencia, y la colaboración público-privada.

El título I de la norma recoge los derechos de los niños y adolescentes frente a la violencia, entre los que se encuentran su derecho a la información y asesoramiento, a ser escuchados, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita.

En relación con el derecho de las víctimas a ser escuchadas, el texto dispone que se tomarán las medidas para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración.

Deber de comunicación de situaciones de violencia

La Ley también regula el deber de comunicación de las situaciones de violencia. Se establece un deber genérico de toda la ciudadanía de comunicar de forma inmediata a la autoridad la existencia de indicios de violencia sobre niños o adolescentes. Junto a él, un deber de comunicación cualificado para quienes por su cargo, profesión o actividad tienen encomendada la asistencia de menores de edad: personal cualificado de los centros sanitarios, escolares, de deporte y ocio, de protección a la infancia y de responsabilidad penal de menores, de acogida, de asilo y atención humanitaria y establecimientos en los que residan habitualmente niños o adolescentes.

Se prevé la dotación por parte de las administraciones públicas de los medios necesarios para que los propios niños y adolescentes víctimas de violencia o que hayan presenciado una situación de violencia, puedan comunicarlo de forma segura y fácil, para lo que se reconoce legalmente la importancia de los medios electrónicos de comunicación, tales como líneas telefónicas de ayuda gratuitas.

Además el texto dispone que toda persona que advierta contenidos en Internet que

constituyan una forma de violencia contra cualquier niño o adolescente está obligada a comunicarlo a la autoridad y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las fuerzas de seguridad, a la Fiscalía o al juez.

El texto prevé la creación de un Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia, al que deberán remitir información las administraciones públicas, el Consejo General del Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁸⁷.

También dispone que será requisito para el acceso y ejercicio de cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, el no haber sido condenado por sentencia firme por delito contra la libertad e indemnidad sexuales ni de trata de seres humanos, lo que deberá acreditarse mediante certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos. Esta obligación se extiende a todos los trabajadores por cuenta propia o ajena, tanto del sector público como del privado y a los voluntarios (Vid. Tema 6º).

Las disposiciones adicionales regulan, entre otros aspectos, la actualización de las referencias al Registro Central de Delincuentes Sexuales y al Registro Unificado de Maltrato Infantil⁸⁸.

Modificaciones legislativas en el CP

- Se extiende el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra menores de edad: el plazo de prescripción se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad.
- Se elimina el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito sea menor de dieciocho años.
- Se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o una hija y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor.
- Se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación: se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estos (Vid. Tema 2).

4. Criterios clasificatorios del maltrato infantil.

Nos hemos referido a la complejidad de la definición de maltrato infantil. Dada la heterogénea realidad de acciones que podrían ser consideradas dentro de su definición,

⁸⁷

<https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/prevencionViolencia/infanciaAdolescencia/enlacesDeInteres.htm>

⁸⁸ Vid. Lección 6ª 4.Registro Central de Delincuentes Sexuales (Real Decreto 1110/2015 de 11 de diciembre).

también las formas de maltrato podrían establecerse bajo muy diversos criterios de clasificación.

Sin embargo, por lo general se adoptan tres variantes a la hora de su clasificación:

1. Tipología de maltrato en base al momento. La violencia puede ser prenatal o post natal. El maltrato podría tener lugar tanto antes como después del nacimiento del menor. Es decir se distinguirían aquellos casos de maltrato prenatal (circunstancias de la vida de la madre que tengan repercusiones directas durante el embarazo siempre y cuando se advierta de la intencionalidad de la misma) de los postnatales.

2. Tipología maltrato según el autor/ contexto. Dentro de este grupo se distinguirían cuatro categorías: 1) *violencia familiar* (personas generalmente encargadas de la tutela del menor); 2) *violencia extra familiar* es la que se produce por *personas privadas pero fuera del ámbito del hogar*; 3) *violencia institucional*: es la que tiene lugar en el sistema de justicia, en la escuela, en el hospital, hogares sustitutos, etc. (sanitarias-profesionales, educativas -profesorado compañeros); y 4) *violencia social*: no existen personas individuales identificadas se trata de un conjunto de situaciones que dificultan que el menor tenga satisfechas sus necesidades básicas.

3. Tipología maltrato según el comportamiento típico realizado por el agresor. Las clasificaciones más frecuentes y, por ende las que se realizarán a continuación, se basa en este tipo de criterio para delimitar las formas generales en que pudiera manifestarse el maltrato. Lo hace en base a la caracterización de la conducta del autor es decir según su acción sea activa o pasiva. Y en base a las consecuencias resultantes de la misma (secuelas físicas o psicológicas).

En cuanto a las clases de maltrato definidas en base al último de los criterios mencionados tradicionalmente se ha señalado cuatro tipos o formas generales (físico, psíquico o emocional, violencia sexual y negligencia o abandono). Algunos autores incorporan como categorías aparte el síndrome de Münchausen por poderes⁸⁹.

5. Tipos de violencia contra los niños y las niñas existentes en el ámbito familiar

Los niños y las niñas pueden sufrir exactamente los mismos tipos de violencia que los adultos, añadiendo algunas de las formas específicas de violencia que se suelen dar en la infancia en nuestra sociedad como, por ejemplo, el castigo corporal y la negligencia, aunque es cierto que la negligencia se puede dar también en relación con personas mayores o

⁸⁹ Síndrome de Münchausen por poderes. Consiste en la descripción de hechos falsos por la provocación de síntomas de una enfermedad por parte de los padres o personas al cuidado del niño con el único fin de crear un proceso de diagnóstico y atención médica continuado. Entre las características del mismo destacan:

- a) Aparición de un conjunto de signos o síntomas producidos o relatados por algún miembro de la familia, principalmente la madre.
- b) El niño o niña se somete a las pruebas médicas pertinentes tendentes a tener un diagnóstico
- c) El perpetrador desconoce la causa de la supuesta enfermedad.
- d) Los síntomas desaparecen cuando el menor es separado de la persona causante del daño.
- e) La sintomatología es muy variada. Unas veces son síntomas inventados por uno de los progenitores, otras aparecen por la falsificación de las muestras biológicas con administración de fármacos ejemplos de este tipo de maltrato puede ser el dar ciertas medicinas al niño para que aparezcan convulsiones y acepte acudir al médico, añadir sangre o azúcar a la orina.

dependientes. Aun así, la violencia contra los niños se diferencia de la violencia dirigida a las personas adultas en el sentido que los niños/as son más vulnerables que los adultos y no poseen los mismos mecanismos de defensa, tanto físicos, jurídicos y de conocimiento que las personas adultas. En ocasiones, los niños que son víctimas de violencia por parte de personas adultas muchas veces ni siquiera son conscientes de que son víctimas de violencia porque no conocen otra realidad.

A continuación, vamos a analizar los tipos de violencia contra la infancia más comunes en el ámbito familiar. Hay diferentes tipos de violencia, pero una separación absoluta es difícil ya que los límites entre unos y otros suelen ser difuso, ya que cuando existe un tipo de violencia hacia un niño o niña en su domicilio familiar existen también otros tipos de violencia y, asimismo. La clasificación de las modalidades de violencia sirve para crear un marco teórico, pero no refleja la realidad.

TIPO		ACCIÓN	OMISIÓN
POSTNATAL	PRENATAL	Circunstancias de vida de la madre en las que exista voluntad que influyan negativa o patológicamente en el embarazo y repercutan en el feto. Formas: Hábitos tóxicos de la madre: alcoholismo (síndrome alcohólico fetal) toxicomanías (síndrome de abstinencia neonatal)	No atención a las necesidades y cuidados propios del embarazo que tienen repercusiones en el feto Formas: Embarazos sin seguimiento médico, alimentación deficiente, exceso de trabajo corporal
	FÍSICO	Cualquier acto, no accidental, que provoque daño físico o enfermedad en el niño o le coloque en situación de grave riesgo de padecerlo. Formas: lesiones cutáneas (equimosis, heridas, hematomas, escoriaciones, escaldaduras, quemaduras, mordeduras, alopecia traumática), fracturas, zarandeado asfixia mecánica, arrancamientos, intoxicaciones, síndrome de Münchausen por poderes.	NEGLIGENCIA Desatender las necesidades del niño y los deberes de guarda y protección o cuidado inadecuado del niño. Formas: desatención, abandono, retraso crecimiento no orgánico, «Niños de la calle», constantemente sucio, problemas físicos o necesidades médicas no atendidas o ausencia de los cuidados médicos rutinarios (vacunaciones).
	EMOCIONAL	Acción capaz de originar cuadros psicológico-psiquiátricos por afectar a sus necesidades según los diferentes estados evolutivos y características del niño. Formas: rechazar, ignorar, aterrorizar, aislar, corromper o implicar a un niño en actividades antisociales	Omisión o negligencia en la atención a las necesidades emocionales del niño Formas: privación afectiva, no atender las necesidades afectivas del niño (cariño, estabilidad, seguridad, estimulación, apoyo, protección, rol en la familia, autoestima, etc.), abuso pedagógico
	SEXUAL	Abuso sexual: implicación de niños en actividades sexuales, para satisfacer las necesidades de un adulto - Formas: - Con contacto físico: violación, incesto, pornografía, prostitución infantil, sodomía, tocamientos, estimulación sexual - Sin contacto físico: solicitud indecente a un niño o seducción verbal explícita, realización acto sexual o masturbación en presencia de un niño, exposición de los órganos sexuales a un niño, promover la prostitución infantil, pornografía	No atender a las necesidades del niño y a su protección en el área de la sexualidad Formas: No dar credibilidad al niño, desatender demanda de ayuda, no educar en la asertividad, madre que prefiere «no verlo» - consentimiento pasivo en el incesto, falta de formación / información, falta de protección,...

Fuente: Observatorio de la infancia

La prevalencia real del maltrato infantil es desconocida, ya que la mayoría de los casos no son detectados. La propia naturaleza del problema, que en gran número se producen dentro de la propia familia, el miedo a la denuncia, la formación insuficiente de los profesionales, que el agredido sea un niño, etc., condicionan el conocimiento del número de casos. Diferentes expertos asemejan la situación a la de un Iceberg, estimando que los casos detectados serían sólo una parte de los casos reales⁹⁰.

a)Violencia física mortal: La violencia física puede ser mortal. Muchos niños y niñas mueren cada año como resultado de la violencia. Según estudios de la OMS los que sufren el mayor riesgo de ser víctima de homicidio infantil son los lactantes y los más pequeños. En los grupos de edad 0-4 años el riesgo es el doble que los observados en niños de edad 5-14. Los homicidios de niños menores de un año son casi invariablemente causados por los progenitores, frecuentemente por la madre⁹¹.

Aproximadamente entre el 50 y el 75% de los asesinatos de menores de 10 años son cometidos por algún miembro de la familia. Esta cifra cae al 20 por ciento para el grupo de niños entre 10 a 14 años y al 5 por ciento en los asesinatos en niños entre 15 a 19 años.

Hay que tener en cuenta que por falta de investigar bien todas las muertes infantiles no se pueden establecer datos con exactitud, pero se puede constatar que el número es más elevado en todas las regiones de lo que dicen los registros oficiales.

Las lesiones que más frecuentemente llevan a la muerte son las recibidas en la cabeza o el abdomen. La muerte suele ser a consecuencia de un traumatismo craneoencefálico o de lesiones en órganos internos. El *zamarreo*, es decir sacudir de forma violenta al bebé, es una forma habitual de violencia hacia niños pequeños. La mayoría de niños y niñas maltratadas de esta forma suelen tener menos de 9 meses. Hay indicios de que cerca de un tercio de los lactantes sacudidos violentamente mueren⁹².

La muerte también puede ser a causa de asfixia intencional y con menor frecuencia, de la estrangulación y los golpes. Es importante tener en cuenta que no solamente la violencia física causa la muerte en los más pequeños, sino que el descuido o la negligencia puede ser la causa de enfermedades o incluso la muerte de niños muy pequeños .

Entre las posibles causas del **Síndrome de Muerte Súbita** del Lactante (SMSL) existe la posibilidad del maltrato infantil. Puede ser producida de forma activa (sofocación, golpes, quemaduras) o pasiva (abandono, no alimentación, no protección ante el frío). Cuando un bebé muere de esta forma se puede sospechar maltrato infantil cuando las características sean atípicas, aparezcan contradicciones en las versiones familiares, o existan hallazgos sugerentes en la exploración física. Muchos de los factores que predisponen al SMSL

⁹⁰

https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/prevencionViolencia/infanciaAdolescencia/docs/Informe_anual_CoViNNA.pdf

⁹¹ <https://www.savethechildren.es/barometro-infancia/victimizacion-ninos>

⁹² El Síndrome del bebé sacudido acontece generalmente entre las primeras seis semanas y los cuatro meses tras el nacimiento muriendo del 20% de los neonatos en días posteriores, mientras que el resto la presencia de graves heridas o secuelas incapacitantes suele ser una constante. Entre estas últimas, las más destacadas serían la ceguera parcial o total, los cuadros epilépticos, o las parálisis cerebrales, entre otras consecuencias.

también son factores de riesgo de maltrato infantil: prematuridad, madre adolescente, tabaquismo, drogadicción, escasos cuidados gestacionales y pos gestacionales.

El riesgo de ser víctima de homicidio infantil por parte de la familia se duplica en las niñas. Después de los 10 años el riesgo de ser asesinada por parte de un miembro muy cercano de la familia parece disminuir, pero a su vez aumenta el riesgo de ser asesinada por parte de la pareja o la familia de la pareja. En las regiones donde son comunes los "asesinatos por honor" el riesgo de ser matada por un miembro de la familia parece no disminuir a la edad de 10 años sino mantenerse estable o incluso aumentar.

b)Violencia física no mortal. La violencia física no es siempre mortal. Se trata de cualquier acción u omisión que llevan a cabo los padres o personas a cargo del niño/a intencionalmente que lleve aparejada un daño físico o enfermedad, tratándose en todo caso de la manifestación más evidente de la actuación que se está ejerciendo sobre un menor de edad dada la visibilidad de las mismas (sea esta directa o mediante el empleo de técnicas de rayos X, escáner etc.).

A la violencia física contra los niños se le ha llamado tradicionalmente el síndrome del niño golpeado. "The Battered Child Syndrome" es una expresión que fue lanzada en los años 60 por C. Henry Kempe y otros. Según estos autores, se debe considerar este síndrome cuando se presentan las siguientes características en los niños: fractura en cualquier hueso, hematoma subdural, retraso en el desarrollo, hinchazón del tejido blando, hematomas en la piel, cualquier niño que muera repentinamente o en los casos donde los síntomas⁹³. El heridas presentados en el niño no corresponden con la historia que relatan los padres⁹³. El

⁹³ Las lesiones físicas más comunes producidos en niños y niñas pueden resumirse en las siguientes:

- a) **Contusiones/facturas.** Se suele dar en la cabeza o cara, aunque en menor medida también se producen lesiones cutáneas, óseas, principalmente en el húmero y fémur y otras zonas (órganos internos, sexuales.). Dentro de este grupo se encontrarían aquellas hemorragias y intracraneales típicas del *síndrome del niño zarandeado o sacudido*. **Heridas.** Pueden producirse por distintas clases de objetos aunque las más comunes son las producidas por cuerpos cortantes, punzantes y contusos. Lesiones típicas también son la laceración del labio superior con desgarró del frenillo y la alopecia por arrancamiento. **Quemaduras.** Normalmente, suele ser fácil determinar cuál ha sido el objeto causante de la misma ya que recoge la forma del ente causante. Destacan las producidas por derramamiento de líquidos, escaldadura en pies o las ocasionadas por cigarrillos y por planchas. **Envenenamiento o drogadicción** hasta el punto de disminuir el nivel de conciencia del niño y suele darse en casos de mendicidad con el fin de adormilar al niño o niña para que deje de llorar o se quede quieto. Entre las intoxicaciones más frecuentes se encuentran aquellas producidas por un exceso de medicamentos y más concretamente de los que ejercen su actuación sobre sistema nervioso central. **Alteraciones del estado general,** con este término se hace referencia a casos extremos de falta de higiene, signos de abandono, mal nutrición los cuales llevan aparejados un detrimento físico de la persona. Los casos leves que no produzcan menoscabo físico importante no deben circunscribirse en esta tipología.

Los daños referidos son los más comunes. No obstante, se ha hecho referencia a otro tipo de lesiones frecuentes en niños maltratados que aunque van a desarrollarse en menor medida que los anteriores, su gravedad es mayor: **Lesiones esqueléticas,** caracterizadas por diversas fracturas, entre las que pueden destacarse: Fracturas de la cabeza, principalmente de cráneo, aunque también se dan las de los huesos de la nariz, de las extremidades (afectan a las diáfisis de los huesos largos o se configuran como arrancamientos metafisiarios), de costillas (normalmente producidas por caídas o proyección sobre planos duros o por golpes directos) y la pelvis o el raquis que se fracturan raramente y sólo ante traumatismos muy violentos. **Lesiones físicas viscerales.** Su apreciación es menor que las anteriores aunque su presencia revista especial gravedad entre ellas destacan las lesiones abdominales (rotura de hígado, bazo o intestino), Lesiones musculares que suelen producirse cuando se suspende al niño entre los brazos (dando lugar a arrancamientos ligamentosos, desgarró

síndrome puede ocurrir a cualquier edad, pero normalmente se presenta en niños y niñas menores de 3 años. El niño o niña suele presentar también una condición física peor de lo normal con signos de negligencia y malnutrición. La renuencia de los progenitores o tutores a proveer información sobre lo que ha pasado también es una señal. Muchas veces el progenitor culpable es el que actúa más "normal". El hecho de la repetición del daño, una historia clínica similar en el pasado, también indica que existe este síndrome.

Sólo en casos extremos de maltrato infantil la vida del menor se encuentra amenazada o se producen importantes secuelas físicas. En la mayoría de los casos los daños físicos no suponen una amenaza para la salud a largo plazo. Sin embargo, las consecuencias psicológicas son un elemento común que permiten definir a esos actos como malos tratos.

Existen diferentes casos de maltrato físico:

- Las agresiones que son de tipo disciplinario, existe la intención de "educar" al niño.
- Las agresiones que se dirigen a un niño no deseado ni querido y son la expresión de rechazo y desprecio.
- Las agresiones que son realizadas con sadismo y perversión y que tratan de satisfacer dichos impulsos.
-
- Las agresiones que son fruto de descontrol del padre/madre por excesiva presión ambiental. No suele tener intención real de producir daño. Pero como hemos visto, la intención de hacer daño debe ser irrelevante en estos casos.

Cuando se trata de "educar" al niño o la niña, este tipo de violencia se suele entender por castigo corporal. El castigo corporal es definido por el Comité de los Derechos del niño como:

"todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve".

Sin embargo, en la Observación General núm. 13 el Comité ha insistido en la importancia de no incluir la intencionalidad como criterio para definir cualquier acto violento. Es decir, que la intención de hacer daño no es decisiva para que sea considerado castigo físico.

Otro problema para muchos niños y niñas es la violencia de pareja que puede tener lugar entre sus padres o cuidadores. Niños o niñas que residen en domicilios donde existe violencia entre la pareja están en mayor riesgo de sufrir violencia directa. Muchas veces, en familias donde existe violencia entre los padres, uno o ambos de estos también son violentos hacia los niños.

Varios estudios demuestran que violencia de género y maltrato infantil frecuentemente coexiste y que la violencia doméstica precede el maltrato infantil en un 78 por ciento de los casos.

La Ley Orgánica 1/1996 de del 15 de enero señala que cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el

musculares o elongaciones del plexo braquial) o el hematoma subdural, que entraña una compresión cerebral y trastornos neurológicos como convulsiones, trastornos de conciencia o hemiplejía.

apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección atención especializada y recuperación.

También es importante citar la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio del sistema de protección a la Infancia y la adolescencia. Sin duda, la novedad de mayor calado es el reconocimiento expreso de víctimas directas de dicha violencia a los hijos y hijas. Y visibiliza que los menores que viven expuestos a la violencia de género sufren maltrato infantil como modalidad específica de violencia de género y son víctimas directas de este maltrato. Ello repercute en las medidas civiles de orden personal que les afectan y para cuya adopción la concreción del interés del menor ha quedado claramente establecida.

Esta norma recoge la ampliación el concepto interés superior del menor desde sus tres dimensiones: desde su consideración como derecho sustantivo, como criterio interpretativo y como criterio procedimental. Resaltando que es fundamental que el menor viva en un entorno adecuado libre de violencia. El interés del menor prevalecerá frente a cualquier otra situación jurídica en conflicto. Añade que:

“cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”.

Reitera que las medidas de protección integral previstas en la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género (LOPIVG) están pensadas para los hijos y no sólo para mujeres imponiendo a los jueces la obligación de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento en especial las civiles que afectan a menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género .

Otras clases de violencias

a. Prácticas perjudiciales

Las prácticas perjudiciales son un tipo de violencia que se clasifica como violencia física. Algunas de las formas más habituales de prácticas perjudiciales son la mutilaciones genitales, el matrimonio forzoso o infantil y los "crímenes de honor", las cuales vamos a ver con más detalle a continuación.

b. Violencia psíquica : Podemos citar algunas propuestas de definición de violencia psicológica.

“Hostilidad verbal crónica en forma de insulto, burla, desprecio o amenaza de abandono y bloqueo constante de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar o personas responsable del cuidado del menor”.

También se define malos tratos psicológicos como:

Situación de interacción donde predomina la violencia del adulto sobre el niño, expresada en forma verbal o en actitudes o a través de amenazas, castigos, críticas, culpabilización, aislamiento, etc."

La violencia psicológica puede tener un fin similar al castigo corporal: inculcar miedo en los niños para que cambien su comportamiento y obedezcan.

El tipo de violencia contra los niños y niñas más frecuente es el maltrato psicológico. Siendo la violencia psicológica una característica central del maltrato infantil. Como ya se ha mencionado, hay una estrecha relación entre el maltrato emocional y los malos tratos físicos y/o negligencia. Es improbable que estos abusos tengan lugar en un ámbito familiar caracterizado por la aceptación o emocionalmente enriquecedor. En entornos familiares violentos existen temor y ansiedad constantes causados por la expectativa de violencia. Los niños también pueden sentir dolor, humillación y miedo en este tipo de hogares y los grupos de niños de mayor edad pueden sentir soledad, desconfianza y a veces repugnancia hacia ellos mismos.

La violencia psíquica al igual que sucedía en el supuesto de maltrato o violencias de género psíquicas a la mujer es difícil de probar debido a la dificultad probatoria que se deriva de la naturaleza de los mismos, pese a ello las formas más comunes de maltrato psíquico a los niños y niñas son:

- **Rechazo.** Implica actos verbales o no verbales de los padres que rechazan o degradan al niño. Incluyen:

- Despreciar, degradar y otras formas no físicas de tratamiento hostil o de rechazo.
- Avergonzar y/o ridiculizar al niño por mostrar emociones normales, tales como afecto, dolor o tristeza.
- Escoger siempre a un niño para criticarle y castigarle, para hacer la mayoría de las tareas domésticas o para recibir menos premios.
- Humillación pública.

- **Aterrorizar.** Se amenaza al niño, con castigo extremo o vago pero siniestro, con abandonarle o matarlo, con el propósito de crear en él un miedo intenso. O colocar al niño o a personas/objetos a los que el niño quiere en situaciones evidentemente peligrosas. Incluye:

- Colocar al menor en circunstancias impredecibles o caóticas o en situaciones peligrosas.
- Establecer unas expectativas rígidas o no realistas, con la amenaza de pérdida, daño o peligro si estas expectativas no se alcanzan.
- Amenazar o cometer violencia contra el niño.
- Amenazar o cometer violencia contra personas/objetos queridos por el niño.

- **Aislamiento.** Negar permanentemente al menor las oportunidades para satisfacer sus necesidades de interactuar y comunicarse con otros niños o adultos, dentro o fuera del hogar. Incluye:

- Confinar al menor o poner limitaciones no razonables sobre su libertad de movimientos en su entorno.
- Poner limitaciones o restricciones no razonables al niño/a respecto a las interacciones sociales con otros niños o adultos en la comunidad.
- Violencia doméstica extrema y/o crónica. Se producen de manera permanente

situaciones de violencia física y/o verbal intensa entre los padres en presencia del niño/a.

- c. **Negligencia y abandono:** La negligencia puede tener varias formas. Según el Comité de los derechos del niño/a puede ser negligencia física o emocional, negligencia médica y negligencia educacional.

Si no se atiende las necesidades básicas físicas, emocionales, médicas o educativas de los niños y las niñas se puede tratar de descuido o negligencia. Es importante subrayar que se trataría de una forma de violencia solamente en los casos que los padres tienen la capacidad de atender estas necesidades. Es decir, no se consideran maltratados los niños cuyos padres o cuidadores viven en zonas empobrecidas o marginales y no tienen la posibilidad de atender sus propias necesidades ni la de sus hijos. Según el Comité de los derechos del niño se trata de "Descuido o Trato Negligente" cuando: *"las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello"*.

Puede ser complicado establecer el límite entre negligencia y entre no tener la capacidad de proveer las necesidades básicas del niño. Aunque los padres o cuidadores vivan en zonas económicamente menos favorecidas pueden tener la capacidad de cuidar bien a sus hijos, pueden tenerlos limpios, seguros, etc. Y hay muchos progenitores que cuidan adecuadamente a sus hijos con muy pocos medios, eso también es importante subrayarlo. Otra situación complicada es cuando existen los medios económicos pero alguna persona a cargo del niño por enfermedad u otro aspecto no es capaz de cuidar bien al niño. Por supuesto existe la responsabilidad siempre de atender a las necesidades del niño y la niña, pero puede ser complicado saber cuándo existe la posibilidad y cuando no.

La *negligencia física* es cuando no se proporciona las necesidades físicas básicas, por ejemplo, la falta de alimentación, falta de una vivienda adecuada, que el niño lleve ropa inadecuada, falta de higiene, falta de supervisión, condiciones peligrosas en el hogar, etc. También se trataría de negligencia física la ausencia de protección contra los peligros ambientales.

La negligencia física es una forma de maltrato bastante fácil de detectar porque tiene unos indicadores externos por lo general evidentes, entre los que son destacados: suciedad, hambre, ropa inadecuada para el tiempo, problemas físicos desatendidos y accidentes domésticos repetidos por falta de supervisión, la exposición a la violencia o al uso indebido de drogas o alcohol por parte de los padres o cuidadores.

La *negligencia médica* es no proporcionar al niño la atención médica que necesita, tanto física como psicológica. También puede ser negligencia médica no cumplir con las recomendaciones de salud o no proporcionarle el tratamiento adecuado para su salud física o mental. Como negligencia médica se podría considerar no atender al calendario de vacunas recomendado o no llevar al niño a los controles pediátricos después de nacer.

La *negligencia educacional* es cuando no se le permite al niño ir a la escuela. También puede considerarse negligencia educacional la alta permisividad (de forma crónica) ante las conductas desadaptativas, falta de límites, y no atender a las necesidades especiales del niño. Aquí, sin embargo, es importante resaltar que cada caso es individual y varias circunstancias decidirán si se trata de una negligencia o

d. *Violencia sexual*⁹⁴

La violencia sexual puede manifestarse de muchas diferentes formas. A continuación, vamos a diferenciar entre lo que llamamos abuso sexual, por un lado, haciendo referencia al abuso que pueda tener lugar en el ambiente familiar de un niño o una niña, siendo el agresor algún familiar, y por otro lado veremos la explotación sexual. La segunda forma de violencia sexual también puede ser llevada a cabo por familiares, pero por lo general de forma más indirecta.

Entre todos los diferentes tipos de malos tratos que puedan sufrir los niños en sus domicilios familiares, la agresión y abuso sexual suele ser el más difícil de detectar. Está rodeado de secretismo, de vergüenza y de tabúes. Se estima que un porcentaje muy bajo de los casos de abuso sexual infantil es denunciado.

Es aquel tipo de maltrato llevado a cabo por alguno de los padres o persona responsable del menor tendencia a obtener placer sexual. La lesiones difieren dependiendo de la gravedad de las mismas. Pueden ir desde lesiones mínimas como vulvovaginitis por tocamientos hasta verdaderos desgarros del himen y/o del periné sin olvidar los desgarres anales en los casos de agresión sexual.

Las conductas generadoras de dichas lesiones son muy diversas y suelen contemplar desde el contacto sin penetración (tratamiento de los genitales del adulto del niño o viceversa), tocamientos, la penetración vaginal o anal del niño, el contacto boca- genital e incluso la ausencia de contacto (voyeurismo, pornografía....)

El abuso sexual muchas veces pasa desapercibido, se oculta en el seno de la familia. La razón es justamente esa, que frecuentemente este abuso tiene lugar dentro de la familia del menor, el agresor es muchas veces un familiar cercano. A veces estos abusos van acompañados por otros tipos de violencia, como los abusos físicos o emocionales, pero es más frecuente que sea lo contrario.

6. Modelos para la explicación del maltrato infantil.

Hay muchos modelos que intentan explicar el porqué de a la violencia y cuáles son los factores que aumentan el riesgo de aparición de la violencia intrafamiliar. Esta lejos de ofrecerse una teoría contrastada empíricamente que permitan explicar de forma satisfactoria porque surge la violencia. Todos los existentes sirven de punto de partida.

El **modelo psicológico psiquiátrico** según este modelo enfocado en la personalidad del agresor y sus desórdenes psicopatológicos. Las causas de maltrato responderían a la presencia de alteraciones psíquicas en los progenitores destacando las relativas a sintomatología de tipo depresivo, ansiosa, rasgos de personalidad etcétera. El modelo se cuestiona porque hay múltiples casos de violencia contra los niños en los cuales los padres no padecen desórdenes mentales.

Modelo psicosocial qué defiende la teoría de la transmisión intergeneracional del maltrato entendiendo que todas las explicaciones debieran buscarse en las interacciones del individuo con su familia de origen y con su núcleo familiar actual. En este sentido se advierte que las experiencias de maltrato, falta de apoyo y afecto durante la infancia repercutiría tanto en el desarrollo del sujeto como en la conformación de la estructura de su personalidad que repetirá los mismos patrones de conductas disfuncionales experimentados durante la niñez.

⁹⁴ Vid. Lección 6ª Epígrafe II. Delitos sexuales contra menores

Modelo sociocultural. Serían los contextos sociales, económicos y culturales los que debieran considerarse en la explicación del fenómeno de maltrato, pues comprendería el contexto ideal para que el mismo se llevase a término esto es integrando de manera específica las citadas variables el maltrato infantil tendría mayores posibilidades de desarrollarse (nivel económico, empobrecimiento, desempleo, aislamiento, inestabilidad laboral, valores culturales que aprueban el castigo físico y agresión verbal como método de disciplina y la idea de que la familia es una esfera privada y los hijos son de los padres. etc.). En relación al último de los aspectos mencionados, determinadas creencias y valores sociales favorecerían este tipo de comportamiento hacia los hijos. A tal efecto baste señalar la tradicional consideración de una disciplina parental punitiva autoritaria como la mejor forma de educación parental frente a estilos de vida más democráticos.

Modelo de la vulnerabilidad del menor. Existen ciertas características de los niños que nos hace más vulnerables, Siendo generalmente dichas fuentes del maltrato las identificadas con enfermedades crónicas y déficits en los menores, problemas académicos, discapacidad. No obstante habría que advertir que muchas ocasiones sería y difícil identificar si la procedencia exacta de las citadas características sería consecuencia de las propias repercusiones de un maltrato severo y prolongado en el tiempo.

Modelo ecológico analiza el desarrollo del maltrato hacia el menor desde diferentes niveles esto es individual, social, familiar o redes sociales, entre otros considerando cualquier caso las interacciones resultantes de los mismos.

7. Factores de riesgo del maltrato infantil (No estudiar)

- Indicadores físicos del niño y comportamentales del niño y del agresor / acompañante.

	Físicos en el niño	Comportamentales en el niño	Conducta del cuidador
MALTRATO FÍSICO	<i>Magulladuras o hematomas:</i> en rostro, labios o boca; en diferentes fases de cicatrización; en zonas extensas del torso, espalda nalgas o muslos; con formas anormales agrupados o como señal o marca del objeto con el que ha sido ocasionado; en varias áreas diferentes indicando que el niño ha sido golpeado desde distintas direcciones. <i>Quemaduras:</i> de puros o cigarrillos; quemaduras que cubren toda la superficie de las manos (guante) o de los pies (calcetín) o quemaduras en forma de muñeco en nalgas, genitales, indicativas de inmersión en un líquido caliente: quemaduras en brazos, piernas, cuello o torso provocadas por haber estado atado fuertemente con cuerdas; quemaduras con objetos que dejan señal claramente definida: parrilla, plancha, etc.). <i>Fracturas:</i> en el cráneo, nariz o mandíbula: fracturas en espiral en los huesos largos (brazos o piernas); en diversas fases de cicatrización; fracturas múltiples; cualquier fractura en un niño menor de dos años. <i>Heridas o raspaduras:</i> en la boca los labios, encías y ojos; en los genitales externos; en la parte posterior de los brazos, piernas o torso. <i>Lesiones abdominales:</i> hinchazón del abdomen, dolor localizado, vómitos constantes. <i>Mordedura humana:</i> huella del adulto separación mayor de 3 cms. entre caninos. <i>Intoxicaciones:</i> por ingestión de sustancias químicas (medicamentos)	Cauteloso con respecto al contacto físico con adultos Se muestra cuando otros niños lloran. Muestra conductas extremas: agresividad, o rechazo extremos. Parece tener miedo de sus padres, de ir a casa, o llora cuando terminan las clases y tiene que irse a la escuela o guardería. Dice que su padre / madre le han causado alguna lesión. Va excesivamente vestido y se niega a desnudarse ante otros. Es retraído y no participa en actividades y juegos comunes. Ingresos múltiples, en distintos hospitales Hermanos con enfermedades raras, inexplicables o «nunca vistas»	Fue objeto de maltrato en su infancia. Utiliza una disciplina severa, inapropiada para la edad, falta cometida y condición del niño. No da ninguna explicación con respecto a la lesión del niño o estas son ilógicas, no convincentes o contradictorias. Parece no preocuparse por el niño. Percibe al niño de manera significativamente negativa, por ejemplo le ve como malo, perverso, un monstruo, etc. Psicótico o psicópata Abuso de alcohol u otras drogas. Intenta ocultar la lesión o proteger la identidad de la persona responsable de éste
	<i>Münchhausen por poderes:</i> síntomas recurrentes, inventados, inexplicables, desaparecen al separar al niño de su familia y reaparecen al contactar de nuevo, discordancia entre la historia y la clínica y analítica		<i>Madres:</i> • Visitan al niño con gran frecuencia, • Manifiestan veneración y sobreprotección hacia su hijo • Con estudios de medicina, enfermeras, aux. clínica,... • Amables, atentas, ... • Colaboradoras con los médicos para encontrar el falso diagnóstico <i>Familia:</i> Conflictos de pareja violentos, tendencia a la droga y automedicación <i>Padres:</i> antecedentes de autolisis
	• Retrasos en la búsqueda de asistencia sanitaria • Niños generalmente lactantes o menores de 3 años • Historia inaceptable, discordante o contradictoria • Hematomas en distintas fases evolutivas. Otras lesiones asociadas. • Asistencia rotando por distintos centros sanitarios. • Signos de higiene deficiente, malnutrición, localización de lesiones en zonas no prominentes • Déficit psicomotor, trastornos del comportamiento. Retraso estaturoponderal.		

	Físicos en el niño	Comportamentales en el niño	Conducta del cuidador
NEGLIGENCIA-ABANDONO	- Falta de higiene - Retraso del crecimiento - Infecciones leves, recurrentes o persistentes - Consultas frecuentes a los servicios de urgencia por falta seguimiento médico - Hematomas inexplicados - Accidentes frecuentes por falta de supervisión en situaciones peligrosas - Enfermedad crónica llamativa que no genera consulta médica - Ropa inadecuada para las condiciones climáticas - Alimentación y/o hábitos horarios inadecuados - Retraso en las áreas madurativas - Problemas de aprendizaje escolar	- Comportamientos autogratificantes - Somnolencia, apatía, depresión - Hiperactividad, agresividad - Tendencia a la fantasía - Absentismo escolar - Se suele quedar dormido en clase - Llega muy temprana a la escuela y se va muy tarde - Dice que no hay quien le cuide - Conductas dirigidas a llamar la atención del adulto - Comportamientos antisociales (ej.: vandalismo, prostitución, toxicomanías)	- Vida en el hogar caótica - Muestra evidencias de apatía o inutilidad - Mentalmente enfermo o tiene bajo nivel intelectual - Tiene una enfermedad crónica - Fue objeto de negligencia en su infancia
MALTRATO EMOCIONAL	0-2 años: Talla corta, retraso no orgánico del crecimiento, enfermedades de origen psicossomático, retraso en todas o en algunas áreas madurativas 2 a 6 años: Talla corta, enfermedades de origen psicossomático, retraso del lenguaje, disminución capacidad de atención, inmadurez socioemocional. 6 a 16 años: Talla corta, enfermedades de origen psicossomático	0-2 años: excesiva ansiedad o rechazo en relaciones psicoafectivas (trastornos del vínculo primario); asustadizos, tímidos, pasivos, comportamientos negativistas o agresivos, ausencia de respuestas a estímulos sociales 2 a 6 años: retraso del lenguaje, disminución de la capacidad de atención, inmadurez socioemocional, hiperactividad, agresividad, escasa discriminación y pasividad en las relaciones sociales 6 a 16 años: problemas de aprendizaje y lectoescritura, ausencia autoestima, escasa capacidad y habilidad ante situaciones conflictivas, inmadurez socioemocional, relaciones sociales escasas y/o conflictivas, conductas compulsivas y/o de autolesión, problemas graves control de esfínteres	- Culpa o desprecia al niño - Es frío o rechazante - Niega amor - Trata de manera desigual a los hermanos - Parece no preocupado por los problemas del niño - Exige al niño por encima de sus capacidades físicas, intelectuales, psíquicas - Tolera absolutamente todos los comportamientos del niño sin ponerle límite alguno
MALTRATO-ABUSO SEXUAL	- Dificultad para andar y sentarse - Ropa interior rasgada, manchada o ensangrentada - Se queja de dolor o picor en la zona genital - Contusiones o sangrado en los genitales externos, zona vaginal o anal - Tiene una enfermedad de transmisión sexual - Tiene la cerviz o la vulva hinchados o rojos - Tiene semen en la boca, genitales o en la ropa - Presencia de cuerpos extraños en uretra, vejiga, vagina o ano - Embarazo (especialmente al inicio de la adolescencia) - Infecciones urinarias de repetición	- Conductuales: - Dice que ha sido atacado sexualmente por un padre / cuidador - Manifiesta conductas o conocimientos sexuales extraños, sofisticados, inusuales - Psicosomáticos: - Trastornos del sueño y alimentación - Diversos: algias abdominales, cefaleas, trastornos neurológicos, respiratorios, esfinterianos, etc., que originan intenso consumo médico sin aclarar las causas - Psíquicos: - Depresiones crónicas, intentos de autolisis, automutilaciones - Desvalorización corporal: obesidad, anorexia - Problemas de conducta: fugas, fracasos escolares y profesionales - Promiscuidad sexual, transvestismo, evolución hacia la homosexualidad, prostitución masculina o femenina - Criminalidad (bajo forma de abusos sexuales muchas veces). Violencia	- Extremadamente protector o celoso del niño - Alienta al niño a implicarse en actos sexuales o prostitución en presencia del cuidador - Sufrió abuso sexual en su infancia - Experimenta dificultades en su matrimonio - Abuso de drogas o alcohol - Está frecuentemente ausente del hogar

Fuente: Le Boeuf, CM (ed.). The role of the educator in the prevention and treatment of child abuse and neglect. Community Council on Child Abuse & Neglect. 1982:8 (modificado).

8. Estrategias de prevención, sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia infantil en la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Una conclusión aceptada mayoritariamente es que la mejor forma de combatir la violencia y sus efectos es su prevención. La prevención de la delincuencia violenta, uno de los apartados más destacados de las políticas de prevención de la violencia en general, se ocupa de identificar las formas de evitar que los agresores no vuelvan a reincidir en sus actos violentos. Esta consideración se extiende a otras formas de violencia, como las autolesiones o los suicidios y de las conductas violentas intra-institucionales.

Todos los especialistas concluyen que deben unirse los procedimientos de prevención propios de las respuestas jurídicas con las propias de los enfoques sanitarios y de salud pública

La predicción de la violencia es esencial en la prevención de los efectos de la misma.

La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia se ocupa ampliamente sobre sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia infantil.

El texto regula la **sensibilización, prevención y detección precoz de la violencia infantil**. Recoge la obligación de la Administración General del Estado de disponer de una **Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia**, con **especial incidencia en los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**.

Dispone que las administraciones públicas competentes **establecerán planes y programas de prevención para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia**, identificando grupos de riesgo, y medidas de detección precoz frente a procesos en los que prime el aprendizaje de modelos de conductas violentas o de conductas delictivas que **conducen a la violencia**.

En el capítulo dedicado al **ámbito familiar** se establece la obligación de las Administraciones de prestar a las familias, en sus múltiples formas, apoyo para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo. También se prestará especial atención a la protección del interés superior de los niños y adolescentes en los casos de **ruptura familiar** y a aquéllos que conviven en entornos familiares marcados por la **violencia de género**.

Respecto a la prevención de la violencia en los **centros educativos**, se establece la necesidad de **protocolos de actuación** frente a indicios de abuso y maltrato, acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica, suicidio, autolesión y cualquier otra forma de violencia. **Se establece la obligación de nombrar un coordinador de bienestar y protección en todos los centros educativos**.

En el **ámbito sanitario**, se promoverán protocolos de actuación para la promoción del buen trato, la identificación de factores de riesgo y la prevención y detección precoz de la violencia sobre niños y adolescentes, así como una atención a la **salud mental** integral reparadora y adecuada a su edad. Se creará una **Comisión** frente a la violencia en los niños, niñas y adolescentes, que elaborará un **protocolo** común de actuación sanitaria.

En materia de **servicios sociales**, se atribuye al personal funcionario que ejerza funciones

relativas a la protección de los niños y adolescentes la condición de **agentes de la autoridad**. Se dispone que los servicios sociales diseñarán un sistema de seguimiento y registro de los casos. La información estadística de casos de violencia sobre la infancia será incorporada en el Registro Unificado de Maltrato Infantil, que pasa a denominarse **Registro Unificado de Servicios Sociales sobre Violencia contra la Infancia (RUSSVI)**.

En el ámbito del **deporte y el ocio** se establece la necesidad de contar con **protocolos** de actuación frente a la violencia y que deberán ser aplicados en todos los centros que realicen actividades deportivas y de ocio, independientemente de su titularidad y, en todo caso, en la Red de Centros de Alto Rendimiento y Tecnificación Deportiva, Federaciones Deportivas y Escuelas municipales. **Las entidades que realizan de forma habitual actividades deportivas o de ocio con menores estarán obligadas a designar un delegado de protección.**

En relación con las **fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado**, el texto dispone que deberán contar con **unidades especializadas** en la investigación y prevención, detección y actuación de situaciones de violencia sobre menores de edad. También establece los criterios de actuación policial en estos casos, que se regirá por el respeto a los derechos de los niños y adolescentes y la consideración de su interés superior. Entre ellos, que solo se practicarán **diligencias con intervención** del menor de edad que sean estrictamente necesarias y que, por regla general, la **declaración del menor se realizará en una sola ocasión** y siempre a través de profesionales específicamente formados.

En relación con las actuaciones en los centros de protección de menores, se establece la **obligatoriedad de aplicar protocolos de actuación**, que deberán contener actuaciones específicas de prevención e intervención en posibles casos de **abuso, explotación sexual y trata de seres humanos** que tengan como víctimas a menores de edad sujetos a medida protectora y que residan en centros residenciales bajo su responsabilidad. El Ministerio Fiscal visitará periódicamente los centros de protección.

El texto prevé la creación de un **Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia**, al que deberán remitir información las administraciones públicas, el Consejo General del Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.