

Código Penal español y Sexología: cambios producidos por la Ley Orgánica 1/2015

Spanish Penal Code and Sexology: Changes produced by the Organic Law 1/2015.

Hernández-Serrano, Rubén¹, Navarro-Cremades, Felipe², Hurtado-Murillo, Felipe³, Marhuenda-Amorós, Dolores⁴, Simonelli, Chiara⁵, Montejo-González, Angel Luis⁶.

1- Universidad Central de Venezuela, Caracas (Venezuela). Miembro de la Academia Internacional de Sexología Médica (AISM), Médico-psiquiatra. Sexólogo.

2- PDI-PA, Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante). Médico-psiquiatra. Psicólogo. Jurista.

3- Centro de Salud Sexual y Reproductiva “Fuente San Luis” de Valencia. Departamento Doctor Peset. Agencia Valenciana de Salud. Psicólogo Especialista en Psicología Clínica y Sexología. Presidente de la Asociación de Especialistas en Sexología (AES). Director de la revista www.desexologia.com.

4- Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante). Médica y Psicóloga.

5- Universidad La Sapienza (Roma). Psicóloga y Sexóloga.

6. Universidad de Salamanca. Miembro de la Academia Internacional de Sexología Médica (AISM), Médico-psiquiatra.

Correspondencia

Hernández-Serrano, Rubén rh2positivo@gmail.com

Navarro-Cremades, Felipe felipe.navarro@umh.es

Hurtado-Murillo, Felipe felipehurtadomurillo@gmail.com

Marhuenda-Amorós, Dolores d.marhuenda@umh.es

Simonelli, Chiara chiara.simonelli@uniroma1.it

Montejo-González, Angel Luis amontejo@usal.es

INTRODUCCIÓN

Los sistemas penales actuales aún los de los Estados Sociales Democráticos y de Derecho (incluido el español) adolecen de importantes desequilibrios en todas sus fases (sustantiva, judicial o procesal y penitenciaria), que acontecen por no tenerse en cuenta de forma bastante las exigencias de ciertos principios o valores superiores; sobre todo justicia e igualdad. Afectando negativamente a los derechos fundamentales de las personas y también a los principios específicos del Derecho Penal (1).

En el campo jurídico, la interpretación de las leyes ha de sujetarse a la mayor jerarquía

y prevalencia de tales principios y derechos que a la pura y literal materialidad de las reglas o normas; las cuales han de elaborarse, interpretarse, aplicarse y ejecutarse a la luz de aquellos (1) en línea con la Jurisprudencia (JP) del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Constitucional Español; subyaciendo a la DUDDHH (Declaración Universal de Derechos Humanos, DDHH) y diversos convenios internacionales sobre DDHH que destacan la original dignidad del hombre (1). (Al leer en los textos oficiales “del hombre”, mejor léase: la persona o el ser humano, términos

que incluyen colectivamente a hombres y mujeres (2)).

Le está vetada al legislador penal la arbitrariedad en la determinación de las conductas criminalizadas (1), en relación con el art 9.3 de la Constitución Española de 1978 (3).

Específicamente el valor superior de Justicia en su retroactividad favorable ha de estar condicionado a la armonización de los derechos e intereses legítimos del delincuente con los de las víctimas (1).

Es preciso considerar las relaciones entre el sistema de justicia penal y los derechos humanos y sexuales, superando los obstáculos o dificultades doctrinales, normativos y cognitivos que limitan la evolución del sistema de justicia penal hacia nuevas configuraciones para proteger los derechos humanos y sexuales desde una perspectiva psicosociológica de la innovación penal racional, proponiéndose la asunción y protección de las declaraciones de derechos sexuales en el sistema del Derecho Penal (4). La versión actualizada de los mismos será la más apropiada para la incorporación de los derechos sexuales a los ordenamientos jurídicos (OJ) (4)

Se presentan seleccionados algunos de los aspectos jurídico-penales más relevantes para la Sexología

LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

1. Se atenderá a su permanente constitucionalización: adaptación y subordinación a los valores y principios constitucionales (3)

2. Se realizará la incorporación pronta y adecuada al OJ la Norma de fuente supranacional, como la Corte Penal Internacional. Estatuto Roma, 17-7-98 y su Instrumento de ratificación, 19-10-00, completándose a nivel interno su regulación con la LO 18/2003, de cooperación con la Corte Penal Internacional.

3. Además del Código Penal, la legislación penal española comprende algunas Leyes penales especiales en materias determinadas. En unos casos se trata de textos dedicados por completo a la legislación penal y en otros de leyes sectoriales que contienen un apartado

dedicado a las infracciones penales (5). Ejemplos de especial relevancia en Sexología: LO 1/2004 28-12-04 Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y LO 2/2010 3-3-10 Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

4. El Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) ha sufrido una treintena de reformas (5). Respecto a lo sexológico es de destacar la modificación de 2010 (LO 5/2010).

La reforma operada por la LO 1/2015 responde a una concepción en general autoritaria, endurecedora del sistema penal.

Introduce acertados cambios conceptuales y terminológicos como el concepto penal de persona con discapacidad necesitada de especial protección (NEP) (Artículo 25, 2º) que es la 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. Anteriormente se utilizaba el término de incapaz en lugar de persona con discapacidad, en relación con el concepto de minusvalía.

Cambios en el CP sexológicamente relevantes, de modo directo o indirecto:

Se exponen algunas de las novedades generales y de las de interés sexológico introducidas por la LO 1/2015 de modificación del Código Penal (CP, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) que ha entrado en vigor el 1 de Julio de 2015 tras un periodo de “vacatio legis” de solo tres meses.

“Justificación”. El CP sufre una completa revisión y actualización, en relación con el transcurso del tiempo, las nuevas demandas sociales y cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España.

En general, se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas, se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes y se suprimen las infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal,

desapareciendo el Libro III, de las Faltas: Se suprimen las faltas del Libro III del Código Penal, aunque algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas –delitos leves en este CP modificado– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles. Algunos comportamientos tipificados hasta ahora como falta al desaparecer del Código Penal se reconducen hacia la vía administrativa o la vía civil, dejando de sancionarse en el ámbito penal. Sólo se mantienen en el CP en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa.

Delitos leves son aquellos cuya pena prevista, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave. El plazo de prescripción de estas infracciones se establece en un año, y la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos leves no permitirá apreciar la agravante de reincidencia.

Penas de los delitos leves: Son en general penas de multa; también trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa. En cuanto a la supresión de las faltas contra las personas desaparecen las faltas de lesiones, que se incorporan en el catálogo de delitos leves y sólo van a ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En los casos de violencia de género no se exigirá denuncia previa para perseguir las lesiones de menor gravedad y el maltrato de obra.

Respecto al homicidio y lesiones imprudentes, se reconducen las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil por la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. Sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por

imprudencia grave (art 142.1 y art 152.1), y el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que serán tipificados como delitos leves.

Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE (6), relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Esta Directiva obliga a los Estados miembros de la UE a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y también la Directiva 2011/36/UE (7) relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Se introduce la posibilidad de incluir perfiles de condenados en la base de datos de ADN, para dar cumplimiento a las exigencias del Convenio de Lanzarote el 25 de octubre de 2007, del Consejo de Europa, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (8). Se incorporan al CP las conductas delictivas sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública.

Se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad (Arts. 33, 35, 36, 76, 78 bis y 92 CP) siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, y sin renunciar a la reinserción del penado. Frente a las numerosas críticas recibidas sobre su presunta inconstitucionalidad, el actual Ministro de Justicia ha afirmado que tiene visos de constitucionalidad y está avalada por informes del CGPJ y del Consejo de Estado y además está alineada con la doctrina europea de derechos humanos.

Se prevé su imposición de una pena de prisión permanente revisable para los

asesinatos especialmente graves (art 140), como los asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual (art 140.2)

La reforma introduce reformas orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal como: 1) la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y 2) se introduce un nuevo sistema, con un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, con mayor flexibilidad y eficacia.

Se revisa la pena con la que se castiga el delito de detención ilegal o secuestro con desaparición. Y se añaden dos supuestos agravados aplicables en los casos en los que la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad NEP, o en los que el delito se haya cometido con una finalidad sexual, o bien el autor hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

Se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años (art 183: abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años). La Directiva 2011/93/UE define la “edad de consentimiento sexual” como la “edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.” Hasta ahora la edad prevista en el CP era de trece años.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo (art 183), salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (art 183 quater).

Se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas.

En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad NEP.

Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena.

Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil, cuando la víctima es un menor de dieciséis años o una persona con discapacidad NEP incluyendo: el material y las imágenes sexuales; su producción y difusión; asistencia; el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y el acceso online, telefónico o similar; el contacto embaucador con el menor.

Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos como la difusión sin el consentimiento de la persona afectada, lesionando gravemente su intimidad, de imágenes o grabaciones obtenidas en un ámbito personal con su consentimiento. Así, se tipifica como nuevo delito la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y luego divulgadas sin que ésta lo sepa, cuando afecten gravemente a su intimidad (sexting).

En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito:

Se incorporan como agravantes del delito los motivos de discriminación por razón de...sexo, orientación o identidad sexual, razones de género... (art 22.4ª) Entendido el género de conformidad con el Convenio n.º 210 de Estambul del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (9) (10) (11).

Además, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, que se podrá imponer en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

La nueva categoría de delitos leves, tras la supresión de las faltas, requiere, con carácter general, de la denuncia previa del perjudicado; aunque no se exigirá denuncia como requisito de perseguibilidad en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica ni tampoco se exigirá para la persecución del nuevo delito de acoso.

Respecto a las penas de multa y ampliando lo antes dicho: con carácter general, sólo será

posible su imposición en delitos leves cuando conste acreditado que entre agresor y víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o existencia de una descendencia común, con el fin de que no genere consecuencias negativas en el ámbito familiar.

En cuanto a los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se considera adecuado tipificar expresamente estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento, a fin de evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de dichos dispositivos.

Se introduce una nueva definición del atentado (art 150) que incluye todos los supuestos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre una autoridad, agente o funcionario. Se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación (art 550.1, 2º) en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo el delito de trata de seres humanos en el actual artículo 177 bis. Este delito se tipificó con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE (6). Dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

Se tipifica el matrimonio forzado para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos, en especial la Directiva 2011/36/UE y la Convención sobre

la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuya aplicación asegurará las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres respecto al matrimonio.

La detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima se castigará con una pena similar a la del homicidio. En caso de secuestro se elevará la pena (art. 166 CP)

La elevación de la edad mínima de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años modificará los artículos del título VIII: 178-194

Nuevo delito de acoso, acecho u hostigamiento (stalking) mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia (Art. 172 ter CP).

Los delitos leves tienen un procedimiento de enjuiciamiento distinto, similar al de las antiguas faltas.

Se modificarán otras leyes como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim, 1882)

Fiscalía General del Estado (FGE) para la aplicación inicial de la LO 1/2015 ha elaborado diversas circulares sobre la actuación del Ministerio Fiscal (MF) como las siguientes: Circular 1/2015 sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, que incluye la consideración particular de determinados delitos a los efectos de abrir el proceso de revisión de las sentencias, como los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Referencias: En general se omiten los links de acceso a las webs donde se encuentran las diferentes normas legales, por ser de conocimiento general y en todo caso fácilmente accesibles.

REFERENCIAS

1. Herrero Herrero, César. Hacia un derecho penal equilibrado, plataforma razonable de

- política criminal. Dykinson: Madrid 2015. pp 91-147.
2. Navarro-Cremades, F. Mezzich, J. E. and Hernández-Serrano, R. Sexual Health: A Comprehensive Diagnostic Approach For The Person And The Dyadic Relationship. Some Key Issues in The Exercise Of Medical Sexology. Regular Symposium. XVI World Congress of Psychiatry. Madrid. September 14-18, 2014.
 3. Constitución Española: BOE-A-1978-31229
 4. Navarro-Cremades F, Hernández-Serrano R, de la Fuente JM, Segura Garcia, MJ, Gil Guillen JV. Human sexuality: new legal trends. The Spanish experience. Sexologies. 2008, 1001(17) Sup1, 70:1-171
 5. Lefebvre. Memento Penal 2016. Editorial Francis Lefebvre: Madrid 2015
 6. Directiva 2011/93/UE, <https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf>
 7. Directiva 2011/36/UE, DOUE-L-2011-80799
 8. Convenio Lanzarote https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-17392
 9. Convenio de Estambul Referencia: BOE-A-2014-5947
 10. Hurtado-Murillo F, Navarro-Cremades F, Hernández-Serrano R, Girón-Simarro, ME y Gil-Guillén, V. La prevención y la lucha contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica: necesidad de una estrategia internacional coordinada. Preventing and combating violence against women and domestic violence: the need for a coordinated international strategy. Revista De Sexología 2014; 3(2): 5-9
 11. Hurtado-Murillo F, Navarro-Cremades F, Hernández-Serrano R, Girón-Simarro, ME y Gil-Guillén, V. Convenio de Estambul del Consejo de Europa. La prevención y la lucha contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica. FLASSES 2014-2018, 2014 (5): 29-34.