Respecto a la segunda cuestión, es decir, la noción de *interés superior del niño,* a pesar de que a ella hacen referencia distintos artículos de la Convención, ésta no la define, como tampoco lo hacen las otras normas internacionales que la recogen, ni es posible precisar su concepto atendiendo al proceso de elaboración de ese instrumento jurídico específico sobre la infancia.

Su art. 3.1 establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño».

Si se parte de que los niños en la mayoría de los casos no pueden ejercitar por sí solos los derechos de los que son titulares, sino que serán otras personas las encargadas de actuar por el menor[14], atendiendo al artículo trascrito y a los demás de la Convención que emplean[15] esta noción, el interés superior del niño es el criterio a seguir por estas personas en el ejercicio de los derechos de los menores y, en concreto, en la aplicación de las normas que los regulan[16].

A pesar de su indeterminación por la norma, la doctrina ha llegado a concretar criterios que nos acercan al significado de este principio.

Señala Mangas Martín que el interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social[17].

Alonso Pérez concreta que dicha noción debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia,

---

[14] Cfr. B. Franklin, *The rights children*, EE.UU., pág. 1.

[15] Art. 9.1: «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».

Art. 18.1: «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

Art. 37c): «Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; ...».

[16] Cfr. C. M. Díaz Barrado, «La convención sobre los derechos del niño», *op. cit.,* pág. 194; A. Mangas Martín, «La protección internacional de los derechos del niño», *op. cit.*, pág. 10.

[17] *Vid. Ibidem,* pág. 9.

la tolerancia y solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor[18].

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de septiembre de 1996[19] ha señalado que el interés superior del menor es un «principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del C.c.) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor…»[20].

2.2. El menor como titular del derecho a la libertad religiosa

El art. 14 de la Convención en el párrafo primero establece que «Los Estados Partes respetarán el derecho de los niños a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», señalando el párrafo tercero de este mismo artículo que «La libertad de profesar la propia religión, o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

Dentro del ámbito internacional la novedad la representa el que se reconozca expresamente el derecho a la libertad religiosa del menor sin que se hable del término genérico «toda persona». Manifiesta Hierro Sánchez-Pescador que esto supone un decidido paso adelante respecto a lo que constituye la tradición vigente en los países políticamente desarrollados, y también un triunfo del punto de vista teórico[21] de que, efectivamente, los niños tienen derechos[22].

---

[18] *Vid.* M. Alonso Pérez, «La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *op. cit.,* pág. 24.

[19] R.J. 1996/6722.

[20] Fundamento de Derecho 2.º.

[21] L. L. Hierro Sánchez-Pescador, «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del niño», en *Revista de Educación*, n.º 294, Madrid, enero-abril 1991, pág. 231.

[22] Señala el autor citado que a la pregunta de si los niños tienen derechos un jurista contestaría rápidamente que sí, incluso un estudiante de Derecho, en cuanto que el niño es jurídicamente persona, y por tanto, un titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, un filósofo del Derecho o un teórico de los derechos humanos se plantearía serias dudas antes de contestar esta pregunta. Una

Fue Estados Unidos el que propuso en los trabajos preparatorios la inclusión de un precepto relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor[23]. Constituyó éste un tema muy discutido y el desacuerdo acerca del alcance del derecho a la libertad religiosa aplicado a los niños, arriesgó la obstrucción del borrador y la adopción de la Convención misma al completo. No obstante, definitivamente su art. 14 va a reconocer este derecho.

Aún así, algunos Estados que forman parte de la Convención, como es el caso de Irak, Jordania o Marruecos, entre otros, no reconocen el derecho infantil de escoger religión como se evidencia en las amplias reservas y declaraciones formuladas al art. 14[24] en el momento de la ratificación. De aquí emerge el resultado

---

buena parte de ellos nos diría que, en términos rigurosos, los derechos humanos se concibieron originariamente como la proyección de la autonomía individual y que, por ello, exigen una independencia que no puede predicarse del menor de edad. Algún otro nos dirá que a los menores sólo cabe atribuirles ciertos derechos del hombre, particularmente aquellos que no son expresión de la libertad individual, y que algunos han llamado derechos-deberes, generalmente pensando que esta categoría explica un tipo de derechos humanos de más reciente afirmación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales. Otros contestarán que, efectivamente, los niños tienen derechos, aunque para ello sea necesario redefinir lo que entendemos por «derechos humanos». Cfr. *Ibidem*, pág. 221.

[23] Ver E/CN.4/1983/62, párrafo 52.

[24]
- Argelia declaró que «El Gobierno de Argelia interpretará las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del art. 14 conforme a los fundamentos esenciales del régimen jurídico argelino, en particular de la Constitución, que estipula en su art. 2 que el Islam es la religión del Estado y en su art. 35 que son inviolables la libertad de conciencia y la libertad de opinión; y de la Ley N1 84-11, de 9 de junio de 1984, que contiene el Código de la Familia y que estipula que los hijos se educarán en la religión del padre».
- El Gobierno de Bélgica declaró que «interpreta el párrafo 1 del art. 14 en el sentido de que, de conformidad con las disposiciones pertinentes del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y del art. 9 de Convenio europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión supone también la libertad de escoger su religión o creencia».
- Los Emiratos Árabes Unidos establecieron una reserva al art. 14 en el sentido de que «se considerarán obligados por lo previsto en este art. en la medida en que sea acorde con los principios y disposiciones del derecho islámico».
- Indonesia declaró que las disposiciones del art. 14 se aplicarán de conformidad con su Constitución.
- El Gobierno de la República Islámica de Irán se reservó el derecho de no aplicar cualquier disposición o artículo que no sea compatible con el derecho islámico o con la legislación interna en vigor.
- Irak consideró procedente aceptar la Convención aunque formuló una reserva a lo estipulado en el párrafo 1 del art. 14, relativo a la libertad de religión del niño, ya que autorizar que un niño pueda cambiar de religión es contrario a los preceptos de ley cherámica.
- El Reino Hachemita de Jordania formuló reserva, entre otros, al art. 14, no considerándose obligado por este artículo que concede al niño el derecho a la libertad de elegir religión por no ser compatible con los preceptos de la ley cherámica.
- La República de Kiribati declaró que los derechos del niño tal como se definen en la Convención, en particular los derechos definidos en los arts. 12 a 16, deben ejercerse con respecto de la autoridad paterna, de conformidad con las costumbres y tradiciones de I-Kiribati sobre el lugar que corresponde al niño dentro y fuera de la familia.
- Kuwait expresó reservas acerca de todas las disposiciones de la Convención que sean compatibles con las disposiciones de la ley cherámica y de las leyes nacionales en vigor.

de existir dos acercamientos distintos respecto a la existencia de un derecho infantil a la libertad religiosa: En los Estados que no hayan adoptado reservas, el principio de reconocer el derecho de tener o adoptar una religión de propia elección es igualmente aplicable a niños y a adultos. Sin embargo, en algunos Estados que forman parte de la Convención, sobre todo islámicos, no se reconoce el derecho infantil de escoger religión.

La Convención no solamente reconoce los derechos de los cuales los niños son titulares, sino que también recoge las obligaciones que en relación con éstos corresponden a sus padres o representantes para el desarrollo efectivo de esos derechos[25]. En este sentido, y respecto al derecho a la libertad religiosa, el párrafo segundo del art. 14 establece que «Los Estados Partes respetarán los derechos

– El Gobierno de Malasia manifestó reservas, entre otros, al art. 14, declarando que sólo sería aplicable si está en conformidad con la Constitución, las leyes nacionales y las políticas nacionales del Gobierno de Malasia.
– El Gobierno de la República de Maldivas formuló una reserva al párrafo 1 del art. 14 ya que la Constitución y las leyes de la República de Maldivas establecen que todos los habitantes de la República de las Maldivas deben ser musulmanes.
– El Reino de Marruecos, cuya Constitución garantiza a todos el ejercicio de la libertad de cultos, formuló una reserva respecto de las disposiciones del art. 14, porque el Islam es la religión del Estado.
– Omán formuló una reserva en el siguiente sentido: «El Sultanado no se considera obligado por las disposiciones del art. 14 de la Convención, que conceden al niño derecho a escoger su religión, ni por las del art. 30, que reconocen a los niños pertenecientes a minorías religiosas el derecho a profesar su propia religión».
– El Gobierno del Reino de los Países Bajos entendió que el art. 14 de la Convención está en conformidad con las disposiciones del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, y que este artículo incluirá la libertad de un niño de tener o adoptar la religión o creencia que desee tan pronto como sea capaz de hacer esa elección habida cuenta de su edad o madurez.
– La República de Polonia, dentro de sus declaraciones, consideró que los derechos de una niño, tal y como se definen en la Convención, en particular los derechos enunciados en los arts. 12 a 16, se ejercerán con respeto de la patria potestad, de conformidad con las costumbres y tradiciones polacas sobre la posición del niño dentro y fuera de la familia.
– La República Árabe Siria tuvo reservas acerca de las disposiciones de la Convención que no estén de acuerdo con la legislación del país o con los principios de la ley cherámica, en particular el contenido del art. 14, relacionado con el derecho del niño a la libertad de religión.
– La Santa Sede se reservó interpretar los artículos de la Convención de una manera que salvaguarde los derechos primarios e inalienables de los padres, en particular, entre otros, los derechos que conciernen a la religión.
– Por último, la República de Singapur declaró que lo derechos del niño tal como se definen en la Convención, en particular los derechos definidos en los arts. 12 a 17, deberán ejercerse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 3 y 5, con respeto por la autoridad de los padres, los maestros y otras personas a quienes se confíe el cuidado del niño, en pro del interés superior del niño y de conformidad con las costumbres, los valores y las religiones de la sociedad multirracial y multirreligiosa de Singapur en relación con el lugar que corresponde al niño dentro y fuera de la familia. En *Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño:* 07/12/99. CRC/C/2/Rev.8. (Basic Reference Document), págs. 9 y ss. (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.n).

[25] Ver art. 18.1.

y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» [26].

Este precepto hace eco del art. 5[27] del mismo texto legal, imponiendo un deber a los Estados Partes de respetar la orientación que los padres o representantes den al menor de acuerdo con la evolución de sus facultades. Pero este deber de respeto va a ser objeto de dos condiciones: la orientación de los padres debe tener en cuenta la evolución de las capacidades del menor; por otra parte, la orientación no debe ser tan estricta como para poder llegar a coacción[28].

2.2.1. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa por el menor

El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa del menor por la Convención supone el primer paso para otorgarle autonomía en el ejercicio de ese derecho del que es titular.

Sin embargo no se señala una edad concreta a partir de la cual el niño, antes de cumplir los dieciocho años, pueda ejercer con independencia de sus padres o representantes legales su derecho, debiendo ser los Estados Partes los que determinen en qué etapa de la infancia pueden los niños ejercer su derecho a una religión[29]. Dicho texto normativo únicamente establece que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y de su madurez. Con este fin se dará al menor la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial y administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional[30].

Esa autonomía va a depender, por tanto, de que el niño pueda formarse un juicio propio, es decir, va a estar ligada a la madurez del menor, representando, consecuentemente, un límite a los derechos y deberes de los padres[31].

---

[26] Las frecuentes alusiones a los derechos y responsabilidades de los padres, de la familia, de los tutores, etc., tiene su explicación en que los menores normalmente van a ejercer sus derechos a través de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas. Cfr. E. Pérez Vera, «El Convenio de los derechos del niño en el marco de la protección internacional de los derechos humanos», en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pág. 180.

[27] Art. 5: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

[28] G. Van Bueren, «The Right of the Child to Freedom of Thought Conscience and Religion», en *The Internacional Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, Dordricht, 1998, pág. 158.

[29] Cfr. *Ibidem.*

[30] Art. 12 de la Convención.

[31] Cfr. J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países*

Entre tanto los padres o tutores tienen competencia para dirigir al niño en su proceso de formación, hasta alcanzar esa madurez, e, incluso, una vez conseguida podrán guiarle.

2.2.2. El contenido del derecho a la libertad religiosa del menor

El art. 14 de la Convención aunque reconoce el derecho a la libertad religiosa del menor va a incorporar menos detalles que el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles en el cual se basa. Específicamente, la Convención, en contraste con el Pacto Internacional, omite cualquier referencia expresa a tener o adoptar una religión de elección personal y como consecuencia, sólo prohíbe implícitamente cualquier coacción que pueda perjudicar a la libertad religiosa del niño para tener o adoptar la religión de su elección. Además no incluye expresamente el derecho de un niño a manifestar una religión o creencia a través de la observancia, la práctica o la enseñanza.

No se refiere expresamente al contenido de este derecho[32], únicamente lo hace a una parte del mismo, y de forma muy genérica, al reconocer al menor el derecho a recibir y difundir información de interés social para él (art. 17), y por tanto información religiosa, y al reconocerle el derecho a la libertad de asociación y reunión pacíficas (art. 15), reuniones y asociaciones que pueden tener fines religiosos.

No obstante, como ya hemos indicado, las normas específicas sobre derechos de los niños se deben interpretar en el marco de las normas generales concernientes a los derechos humanos, normas como la Declaración Universal de los Derecho Humanos y las demás a las que hemos hecho referencia que sí se refieren al contenido del derecho a la libertad religiosa, como es la libertad de tener una religión, la libertad de cambiar de religión, la libertad de manifestar su religión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica del culto y la observancia, o el derecho a recibir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones.

Por tanto, el menor tiene derecho a inmunidad de coacción en materia religiosa con todo lo que ello supone, es decir, podrá libremente elegir la pertenencia a una determinada religión, desarrollar libremente todas las actividades que esa pertenencia requiera, y cambiar con toda libertad de religión. No obstante ello será posible cuando tenga suficiente grado de madurez o juicio, momento que no determina la Convención cuando se alcanza, pudiendo los Estados Partes establecerlo. Entre tanto serán los padres o los tutores legales los que actúen por el menor, teniendo derecho a elegir la educación religiosa y moral para sus hijos o pupilos que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Pero

de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, págs. 791-792.

[32] Referencia a la que sí se hacía en algunas propuestas presentadas por distintos países al Grupo de Trabajo en los trabajos preparatorios de la Convención. Ver al respecto E/CN.4/1983/62, párrafo 52 y ss.

en el momento que el niño adquiera la suficiente madurez se deberá respetar su parecer, no anulando su voluntad, lo que no será fácil en determinados casos en los que los padres o tutores no están dispuestos a reconocer la libertad religiosa del menor. En estos supuestos se puede generar un conflicto entre los intereses de estas personas y los intereses del niño que requiera la acción mediadora de los poderes estatales.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

Hemos dicho que los Estados Partes de la Convención de 1989 están comprometidos con sus disposiciones, debiendo adaptarse a las mismas. Veamos ahora cómo está regulado el derecho a la libertad religiosa del menor en España.

Aunque nuestra Constitución no contempla expresamente al niño como titular de este derecho, –se limita a garantizarlo a todos los individuos en general (art. 16.1)–, su art. 39.4 señala que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Por su parte, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, Ley 7/1980 de 5 de julio, al concretar el contenido del derecho a la libertad religiosa se refiere a «toda persona», por tanto también a los niños.

Va a ser la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/1996 de 15 de enero, que ha seguido como modelo la Convención de Derechos del Niño de 1989, la que explícitamente trate del derecho a la libertad religiosa de los niños. Señala el legislador en la Exposición de motivos que la Ley «marca el inicio de una filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo», y que «del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen».

Al igual que en la Norma internacional de 1989, en la Ley Orgánica 1/1996 prevalece el principio «del interés superior del menor» estableciendo el apartado primero de su artículo segundo que «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo».

En su art. 6 establece que «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esa libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

3.1. Momento en que el menor puede ejercer su derecho a la libertad religiosa

Reconocido el derecho, procede preguntarse cuándo el menor, antes de alcanzar su mayoría de edad (dieciocho años[33]), podría ejercerlo autónomamente con independencia de la orientación de los padres o representantes legales. Este momento dependerá de su grado de discernimiento, el cual no será el mismo en una persona de cinco años que en un joven de dieciséis.

Al respecto, el art. 162 del Código Civil[34] excluye la representación de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el hijo tenga «condiciones de madurez suficientes», lo que viene a fundamentar la autonomía del menor en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en cuanto derecho de la personalidad[35].

Pero a qué edad el menor tiene esas «condiciones de madurez suficientes» para que puedan prevalecer sus opiniones religiosas sobre las de los padres en caso de conflicto de intereses.

Algunos países se han pronunciado al respecto, determinando a qué edad el menor puede ejercer su libertad religiosa con independencia de sus padre o representantes legales.

En este sentido, la Ley de Libertad Religiosa portuguesa, Ley n.º 16/2001 de 22 de junio, fija esta edad[36] en los dieciséis años[37].

En Alemania, la Ley «Gesetz über die religiöse Kindererziehung» de 15 de julio de 1921, establece que cumplidos los doce años el menor no puede ser educado en contra de su voluntad en una religión distinta a la practicada con anterioridad, y fija en los catorce años la edad en la que el niño puede decidir a qué confesión desea pertenecer.

En Suiza[38] si el niño ha cumplido dieciséis años no se le puede impedir que autónomamente decida acerca de la confesión religiosa propia[39], y lo mismo ocurre en Finlandia con los mayores de quince años[40].

---

[33] Art. 12 de la Constitución española; art. 315 C.c.

[34] Art. 162 C.c.: «1. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. 2. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo…».

[35] Cfr. M. Linacero De La Fuente, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil,* n.º 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, pág. 1609.

[36] Art. 11.2: «Os menores, a partir dos 16 anos de idade, tem o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciencia, de religiao e de culto».

[37] Sobre esta materia ver J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», *op. cit.*, págs. 796-797.

[38] Según el Z.G.B. suizo, art. 277.

[39] C. Serrano Postigo, «Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid, 1983, pág. 816, nota al pie n.º 48.

[40] G. Van Bueren, «The Right of the Child to Freedom of Thought Conscience and Religion», *op. cit.*, pág. 158.

Por su parte, el Proyecto de Ley de Libertad Religiosa italiano, reconoce que el menor puede ejercer su derecho a la libertad religiosa autónomamente a partir de los catorce años[41].

El ordenamiento español, a diferencia de los anteriores, no reconoce una edad determinada en la que se presuma que el menor ha alcanzado ese suficiente grado de madurez y por tanto pueda ejercer su derecho a la libertad religiosa[42], debiendo ser el Juez el que decida cuándo el menor tiene suficiente juicio.

Algún autor ha señalado que en el ámbito religioso esa madurez se suele situar en los catorce años de edad[43].

Quizás se trate de una edad, los catorce años, en la que no en todos los casos se puede asegurar una suficiente madurez por parte del menor para el ejercicio autónomo de su derecho a la libertad religiosa[44].

No obstante, es posible acudir a la analogía en un intento de establecer el cuándo efectivo del derecho a la libertad religiosa del menor.

El Derecho Civil tratándose de cuestiones personalísimas exige la intervención del menor a partir de los dieciséis años[45].

Es importante tener en cuenta que a partir de esa edad el menor puede pedir la emancipación, y por tanto el cambio de *status* civil. Requisito común a toda emancipación es que el menor tenga dieciséis años cumplidos[46] (arts. 317, 319, 320 y 321 del C.c.)[47]. Como consecuencia de la misma el menor está ha-

---

[41] Art. 14: «1. I genitori hanno diritto di istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio in corenza con la propia fede religiosa o credenza, nel rispetto della loro personalità e senza pregiudizio della salute dei medesimi. 2. Ferma restando quanto disposto dall´articolo 316 del Codice civile; i minori, a partire dal quattordicesimo anno di età, possono compiere autonomamente le scelte pertinenti all´esercizio del diritto di libertà religiosa».

[42] Cfr. L. Álvarez Prieto, «La objeción de conciencia a las transfusiones sanguíneas. (Dos sentencias contradictorias)», en *A.D.E.E.*, vol. XVI, 2000, pág. 622.

[43] «La dignidad de la persona explica que la opción religiosa corresponda a los padres o tutores, hasta que se alcance la mayoría de edad, que en el ámbito religioso suele situarse en los catorce años». J. M.ª González del Valle, *Derecho Eclesiástico español*, 4.ª ed., Oviedo, 1997, pág. 328.

[44] En este mismo sentido se manifiesta J. Rossell Granados, «El derecho de libertad religiosa del menor en las Leyes de libertad religiosa española, italiana y portuguesa», *op. cit.*, pág. 795.

[45] Incluso antes: a partir de los catorce años el menor puede contraer matrimonio mediante dispensa (arts. 48, 1329 y 1338 C.c.); también a partir de los catorce años de edad se puede hacer testamento (art. 663.1 C.c.), salvo el ológrafo (art. 688 C.c.) para el que se requiere la mayoría de edad, e intervenir como testigo en actos *inter vivos* (art. 1246.3 C.c.).

[46] Salvo en la emancipación por matrimonio que la misma puede verse rebajada a los catorce años de edad si se obtiene la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 48 C.c.).

[47] Art. 317 del C.c.: «Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro».

Art. 319: «Se reputará para todos los efectos emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento».

Art. 320: «El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieran y previa audiencia de los padres...».

bilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, por tanto adquiere independencia personal y patrimonial, capacidad de autogobierno, según establece el art. 323.1 del C.c.[48], pudiendo comparecer por sí solo en juicio (art. 323.2 C.c.).

A partir de los dieciséis años el menor puede quedar vinculado por un contrato de trabajo (art. 7.b del Estatuto de los Trabajadores)[49]. Igualmente puede llevar a cabo la administración ordinaria de los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria (art. 164.2,3 C.c.).

El mayor de dieciséis años también podrá consentir en documento público los actos señalados en el art. 166, 1.º y 2.º del Código civil[50].

Por otra parte, el art. 625 del mismo texto legal establece que podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello. Al respecto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que al proclamar este artículo como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer aceptar donaciones, salvo específica regla en contra, es indudable que al mayor de dieciséis años se le presume legalmente aquel grado de discernimiento[51].

La capacidad que en el Derecho privado se reconoce al mayor de dieciséis años para realizar todos los actos a los que nos hemos referido se fundamenta en que la presunción de que el menor a esta edad tiene suficiente grado de madurez para llevarlos a cabo.

De esta forma dicha edad podría funcionar como dato objetivo para permitir al menor el ejercicio autónomo de su derecho a la libertad religiosa, aún con

---

Art. 321: «También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicite».

[48] No obstante hasta que el emancipado no llegue a la mayoría de edad no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su tutor, conforme al mismo precepto.

[49] El Convenio de la O.T.I. sobre edad mínima de admisión al empleo, n.º 138, de 1973, aceptado por España (B.O.E. de 8 de mayo de 1978) establece como edad mínima para el inicio de la vida laboral en los quince años, invitando a los Estados a elevar esa edad mínima general. Por otra parte, se establecen otras edades mínimas en función de la naturaleza y condiciones de determinados empleos (de 16 a 18 años). El Convenio no predetermina esas actividades remitiéndose a la legislación de cada Estado para su concreción.

[50] Art. 166: «1. Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros».

[51] R.D.G.R.N de 3 de marzo de 1989.

la posible colaboración de los padres, pues como ya señalamos tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral[52].

Por tanto, llegada esa edad prevalecería el derecho del menor a profesar o no una determinada religión sobre la decisión contraria de sus padres.

No obstante, cuando la decisión del menor pueda causarle perjuicios físicos, psíquicos o morales, podría aplicarse junto al principio del interés superior del menor (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996), el art. 158.3 del Código civil[53] que permite al Juez adoptar las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios[54].

Por su parte, en caso de conflicto de intereses entre los padres y el menor, pues como ya manifestamos hay ocasiones en que los padres o tutores no están dispuestos a reconocer el derecho a la libertad religiosa del niño, se puede acudir al nombramiento de un defensor judicial (art. 163 del C.c.)[55].

No obstante todo lo anterior, el menor con suficiente juicio y en todo caso a partir de los doce años de edad tiene derecho a ser oído siempre, en cualquier ámbito o procedimiento que afecte a sus intereses conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996[56] en relación con los art.s 92.2[57], 156[58],

---

[52] Art. 16.3 de la Ley de Protección del Menor y art. 14.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[53] Art. 158.1: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o de Ministerio Fiscal, dictará:...3.º. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

[54] Cfr. M. Linacero de la Fuente, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», *op. cit.*, pág. 1609.

[55] Art. 163: «1. Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él...».

[56] Art. 9: «1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».

[57] Art. 92.2 del Código civil: «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años».

[58] Art. 156 del Código civil: «1. La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente

159[59] y 231[60] del Código civil, aunque la voluntad del menor expresada a través de su derecho de audiencia no es vinculante para el Juez.

Concluyendo hay que decir que la fijación del dato objetivo de la edad es preferible a la utilización de conceptos indeterminados como «condiciones de madurez suficientes», y sería conveniente que la legislación española se pronunciara por una edad al respecto.

3.2. La formación religiosa del menor en situaciones familiares anómalas

Hemos dicho que el menor, en situaciones normales, podrá ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcance suficiente grado de madurez, momento que algunos países han concretado fijando una edad determinada en la que el menor, antes de alcanzar la mayoría de edad, puede ejercer su derecho autónomamente, aunque sea con una cierta orientación de sus padres o representantes legales. En tanto esa madurez llega, serán éstos quienes normalmente actuarán por los niños en este campo, decidiendo sobre su formación religiosa.

Pero ¿qué ocurriría en los casos de separación o divorcio de los padres con distintas creencias religiosas, si el menor no tiene ese suficiente grado de madurez para poder decidir sobre su vida religiosa? ¿Podría tenerse en cuenta la religión que profesan los progenitores para la atribución o la privación de la guarda y custodia de los hijos, o, en su caso, de la patria potestad? Como señala Martínez Torrón, por razones que tienen que ver con la continuidad de la orientación religiosa o ideológica que hasta entonces ha presidido la educación de los menores, y a veces también con las peculiaridades de ciertas creencias religiosas, podría pensarse que las creencias de los padres no son algo necesariamente a omitir en esa deliberación[61].

Hay que distinguir dos situaciones: una en la que los cónyuges han firmado el convenio regulador a que se refiere el art. 90 del Código Civil[62], poniéndose

---

necesidad. 2. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre…».

[59] Art. 159 del Código civil: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, al Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

[60] Art. 231 del Código civil: «El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años».

[61] *Vid.* J. Martínez Torrón, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, pág. 153.

[62] Art. 90 del C.c.: «El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. B) La

de acuerdo acerca de la educación que han de recibir los hijos; y otra en la que existe ausencia de tal convenio.

En el primer caso, los padres en ejercicio del derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, reconocido en el art. 27.3 de la Constitución española y en el art. 2.1, c) de la L.O.L.R., pueden convenir la educación religiosa y moral de sus hijos, en el sentido de educarlos en una religión determinada, no educarlos en ninguna, o que cada padre ofrezca al hijo la oportunidad de conocer y apreciar, de palabra y de hecho, la religión a la que pertenecen hasta el momento en el que menor se encuentre en condiciones de decidir.

En este supuesto, el Juez deberá tener en cuenta estos acuerdos aunque no tanto para determinar el padre cuidador sino, como escribe Roca Trías, para determinar las obligaciones del mismo[63].

El problema surge en el segundo supuesto, es decir, cuando no existe tal acuerdo de los padres o el convenio regulador no ha llegado a ser aprobado por el Juez. En este caso es en el que cabe preguntarse si podrían tenerse en cuenta las creencias religiosas de aquellos para la atribución o no de la custodia[64], o incluso para decidir privar o no de la patria potestad.

En principio, en un Estado aconfesional los tribunales no pueden atender a ninguna creencia religiosa para fundamentar sus decisiones, la laicidad impide que «los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas o actos de los poderes públicos»[65].

En este sentido, la Corte de Casación italiana ha entendido que «en un Estado neutral en el campo religioso y, por tanto, respetuoso con las opciones indivi-

---

atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantía en su caso. D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. E) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».

[63] E. Roca Trías, «Artículo 92», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 579.

[64] Sobre esta materia en el ámbito del Derecho comparado ver V. Puente Alcubilla, «Relaciones paternofiliales y formación de la conciencia del menor no maduro: aspectos conflictivos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, págs. 697-713.

[65] S.T.C. 24/1982 de 13 de mayo, F.J.1.º.

duales… la elección del cónyuge a quien ha de atribuirse la prole no puede (no debe) ser influenciada (positiva o negativamente) por su profesión religiosa. Es decir, que el credo religioso del padre es, a este fin, indiferente y que tal credo no entra para ello en los componentes de la decisión acerca de su aptitud para cuidar adecuadamente la prole»[66].

En efecto, parece razonable que el Estado se abstenga de valorar las diversas creencias o religiones en sí mismas, y que, consiguientemente, los tribunales eviten atribuir la custodia de los hijos sobre la base de preferencias estrictamente religiosas[67].

Por otra parte, velando por los derechos de los padres, esta conclusión deriva de lo establecido en el art. 14 de la Constitución que prohíbe cualquier discriminación por razón de religión, y del respeto a su derecho a la libertad religiosa consagrado en el art. 16.1 de mismo texto legal.

Al respecto conviene comentar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, dictada en el caso *Hoffmann v. Austria*[68]. En ella se considera contraria al Convenio de Roma la decisión de la Corte Suprema Austriaca de que los hijos fueran retirados de su madre (testigo de Jehová) para entregárselos al padre (católico). El Tribunal de Estrasburgo va a sostener que la demandante había sido objeto de una diferencia de trato de carácter discriminatorio por razón de su religión[69], vulnerando el art. 14 del Convenio Europeo.

Como veremos seguidamente, en este sentido han resuelto los tribunales españoles, si bien con ciertos matices que no nos pueden llevar a negar, en todo

---

[66] Casación civil, sentencia de 27 de febrero de 1985, n. 1714, en R. Botta, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, 7.ª ed., Milano, 1993, pág. 196.

[67] *Vid.* J. Martínez Torrón, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, pág. 156.

[68] Sentencia de 23 de junio de 1993. Asunto Hoffmann c/Austria. Referencia: 93TE28.

[69] La mujer, bautizada en la Iglesia católica y casada también con un católico, se había convertido a los testigos de Jehová, divorciándose posteriormente. La Corte Suprema de Austria, revocando las resoluciones de los tribunales inferiores (del Juez del distrito y de la Corte Regional de Innsbruck), le había privado de la custodia de sus dos hijos entregándosela al padre. Los hijos del matrimonio Hoffman también habían sido bautizados en el catolicismo. La madre, sin consentimiento del marido y antes de concluir el procedimiento de divorcio había tomado los hijos consigo con intención de educarlos en su nueva religión. La Corte Suprema de Austria basó su decisión en dos motivos: Por un lado, en los posibles riesgos que se podían causar a los hijos en caso de educarlos en la nueva religión de la madre (el posible aislamiento social pues vivían en un lugar de mayoría católica y el peligro para su salud si tuvieran que ser sometidos a transfusiones sanguíneas); por otro lado, el Tribunal Supremo Austriaco consideraba que se había producido una ilegalidad manifiesta en las actuaciones de los tribunales de primera y segunda instancia, pues no tuvieron en cuenta que la madre había infringido la legislación nacional sobre la educación religiosa de los hijos según la cual dicha educación debe ser acordada por los cónyuges, sin que ninguno de ellos pueda romper el acuerdo unilateralmente mientras dure el matrimonio o bien tratar de educarlos en una religión distinta a la común de los cónyuges en el momento de celebrarse el matrimonio o en la que habían sido formados desde entonces.

caso, la posible influencia de las creencias religiosas de los padres en sus decisiones, pues las mismas pueden entrar en conflicto con otros intereses en juego como es el interés superior del menor, el cual debe prevalecer.

En la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 14 de octubre de 1987[70] se desestimó el recurso planteado por el padre en el que pretende la no atribución de la guarda y custodia de sus tres hijos menores a la madre por realizar actividades pseudo-religiosas. Se pone de manifiesto en la sentencia que «la actora, en confesión judicial, ha declarado haber acudido a realizar prácticas y técnicas de meditación trascendental, y posteriormente seguir las enseñanzas de la denominada Escuela de Fe, que ella entiende es una religión o puede ser considerada como religión, mas es lo cierto que las actividades e inclinaciones religiosas, pseudo-religiosas o sectarias de la citada parte, amparadas en el principio constitucionalmente consagrado de libertad ideológica, religiosa y de culto, art. 16 C.E., y de acuerdo con el principio de igualdad ante la Ley, art. 14 C.E. que proscribe las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, no determinan por sí solas la privación del ejercicio de la patria potestad o de la no asignación de la guarda o custodia de los hijos»[71].

En la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de junio de 1994[72] se señala que «no debemos olvidar que, en efecto, ni se juzga aquí la religión o ideas religiosas que profesa la esposa (testigo de Jehová), pues ello pertenece a su privacidad, haciendo uso de un derecho constitucional a la libertad religiosa, ni además existe, practicada en autos, prueba que acredite suficientemente la pretendida desatención por parte de la esposa a sus deberes conyugales y familiares, pues su asistencia a los servicios religiosos o actividades de esa índole se limita a 2 o 3 tardes a la semana, durante unas 3 horas, lo que además, repetimos, constituye el ejercicio legítimo de un derecho que en modo alguno puede ser coartado ni supone perjuicio alguno para el esposo o sus hijos... Tampoco constan justificadas las alegaciones acerca de que las creencias religiosas de la esposa tratan de ser impuestas por ésta a los hijos menores así como que pueden las mismas serles muy perjudiciales, si bien habrá de tenerse en cuenta que, como bien dice la sentencia recurrida, la patria potestad queda atribuida a ambos progenitores, debiendo éstos valorar de forma conjunta y responsable, con el necesario apoyo de expertos, cuál puede ser la orientación religiosa que deben dar a la educación de sus hijos, hasta que éstos puedan elegir libremente, evitando en todo momento actividades hostiles o discriminatorias y siendo ésta la línea que igualmente deben adoptar en algún otro punto posiblemente conflictivo (como puede ser el relativo a sometimiento de alguno de sus hijos a transfusiones de sangre, en el caso de que sea necesario), aunque en este punto deberá tener en cuenta la esposa, la cual va a conservar la guarda y custodia de los hijos

[70] La Ley (T. 1988-1), Ref. 8220, págs. 418-419.
[71] F.J.2.º.
[72] A.C. 1994/1124.

menores, que tiene obligación de poner en conocimiento de su esposo cualquier hecho que en tal sentido pueda afectar a los hijos menores…»[73].

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de 14 de junio de 1999[74] desestima el recurso planteado por el padre que pretendía que la guarda y custodia de sus hijas menores fueran privadas a la madre por pertenecer a los testigos de Jehová. Señala la sentencia que «… El que la madre tenga sus propias convicciones religiosas no puede ser causa de privación de un derecho, en cuanto viene amparada por el contenido del art. 14 de la Constitución Española y lo contrario supondría una discriminación vedada por nuestra Carta Magna…».[75]

Por su parte, la Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 14 de julio de 1999[76] declaró no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el padre, con las mismas pretensiones que en el caso anterior. En la resolución se reitera lo expresado por el juzgador de instancia, según el cual «la condición religiosa (testigo de Jehová) que profesa la madre no puede erigirse "per se" en causa de privación de la guarda y custodia de la hija menor, pues ello significaría una vulneración del derecho individual de carácter fundamental a la libertad religiosa ideológica y de culto "ex" art. 16 C.E., que no encuentra más limitación que el orden público protegido por la Ley, así como los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, relativos respectivamente a los derechos a la vida familiar y al derecho a la igualdad sin discriminación alguna, entre otras causas por razón de religión, así como el art. 27 C.E. que garantiza el derecho de los padres para que los hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones…»[77].

No obstante, la Audiencia va a recordar el régimen cautelar de la menor que el fallo de la sentencia de instancia establece frente a un eventual «proselitismo abusivo» por parte de la madre e incluso del padre, según el cual la madre no podrá llevar a su hija a ningún acto religioso sin el consentimiento del padre, ni tampoco podrá prohibir o impedir que su hija acuda a actividades tales como fiestas o cumpleaños que se encuentran admitidos en nuestro entorno social, dado el deber de cooperar que tienen los padres para que su hija menor ejerza su derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia del mejor modo para su desarrollo integral de una parte, y asimismo y con relación a las cuestiones que se puedan suscitar relativas tanto a la educación –(colegio, actividades escolares o extraescolares)–, como al tratamiento médico de la menor, deberán estar conformes ambos padres o, en su defecto, acudir a la autoridad judicial para decidir al respecto[78].

---

[73] Fundamento de Derecho 2.º.
[74] A.C. 1999/1365.
[75] Fundamento de Derecho 3.º.
[76] A.C. 1999/6511.
[77] Fundamento de Derecho 2.º.
[78] Fundamento de Derecho 2.º.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 1999[79], en la que la madre de un hijo menor surgido de una unión no matrimonial pretende la privación de la patria potestad al padre por profesar la religión musulmana se pone de manifiesto que «la privación de la patria potestad por el dato o hecho objetivo relativo a la creencia y religión de uno de los progenitores como circunstancia "a priori" que determina la imposibilidad de un correcto ejercicio de la función y el ejercicio de la patria potestad, ...», está en flagrante oposición con lo señalado en el art. 16.1 de la Constitución Española que garantiza al individuo la libertad ideológica y religiosa y de culto, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley; iguales conclusiones se derivan de lo señalado en el art. 10.2 de la Constitución en relación con lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos en lo relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en el ámbito individual y colectivo, público o privado (art. 18), de modo que nadie, «a priori», puede ser objeto de medidas coercitivas que menoscaben, dificulten o impidan tal libertad y aunque es cierto que no es un derecho ilimitado, en orden a la pretensión que ahora se mantiene, es necesario acreditar sin ningún género de dudas que el ejercicio de ese derecho de culto no menoscaba la seguridad, la salud o la formación integral de los hijos; es obvio que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la religión no es causa, «per se», para privar a ninguno de los progenitores de la patria potestad.

Téngase en cuenta que no se aporta ni un solo dato, ni una sola prueba, que nos permita afirmar que el ejercicio de tal derecho, que las costumbres que se tienen para cumplir con las obligaciones religiosas, el hábito diario o permanente de quien profesa tal religión haya incidido de modo negativo en el desarrollo del hijo menor y al margen de las opciones de futuro que para éste en su momento deban de reservársele.

No hablamos de una persona con desarraigo en España, antes bien, está domiciliado en este país y cuenta con suficiente capacidad laboral y profesional y de orden económico para proporcionar a su hijo cuantos medios necesite para su formación y educación, sin que conste, por otra parte, que dicho progenitor haya incumplido con sus obligaciones en lo relativo al deber de prestación de alimentos, lo que de modo único y exclusivo tampoco determina tan importante y grave medida, o en lo relativo al derecho de ver, de comunicar y de visitar al hijo, cuestión esta controvertida, por cuanto que la propia parte apelada anunció medidas cautelares de protección del derecho a estar y comunicar con su hijo y no es el momento ahora de reseñar con detalle los incumplimientos que de una u otra parte se hayan podido producir, pues lo cierto es que ello no beneficia al menor y por tanto la declaración ahora debe de ser tendente a mantener un sistema de visitas y de comunicaciones.

[79] A.C. 1999/1911.

En suma, no habiendo acreditado quién debía hacerlo, conforme a la obligación que le impone el art. 1214 del C.c., que existan circunstancias graves relacionadas con el ejercicio de un derecho de culto que perjudiquen el desarrollo y formación del menor ni tampoco que el apelado esté incurso en las causas señaladas en el art. 170, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, se está en el caso de desestimar este motivo del recurso y mantener al apelado en la función que se establece en los arts. 154 y concordantes del C.c. y en la misma posición de igualdad de deberes que corresponde al otro progenitor»[80].

El tribunal en dos ocasiones señala que no se han aportado pruebas que permitan afirmar que el ejercicio de las obligaciones religiosas del progenitor influyen de modo negativo en el desarrollo y la formación del menor. A *sensu contrario*, si esto se hubiera demostrado puede que la creencia religiosa del padre sí hubiera influido a la hora de poder privarle de la patria potestad, pues primaría el adecuado desarrollo y formación del menor, en suma y en términos más generales, el interés superior del menor.

También la falta de pruebas llevó al Tribunal Constitucional en Sentencia 141/2000, de 29 de mayo (B.O.E. de 30 de junio de 2000) a estimar el amparo, declarando que había sido lesionada la libertad ideológica del padre recurrente, perteneciente al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, anulando la sentencia recurrida en lo relativo a las medidas restrictivas del derecho de visitas.

Los hechos en los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso en síntesis son los siguientes: 1. El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó sentencia el 11 de diciembre de 1995 declarando la separación matrimonial y, por lo que a nosotros nos interesa, atribuyendo la guarda y custodia de los hijos menores (doce y catorce años) a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo un régimen de visitas ordinario a favor de padre, añadiendo la «prohibición expresa al padre de hacer partícipes a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia a los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquélla». Entre las pruebas practicadas en el proceso civil, con relevancia en el posterior recurso de amparo, debe señalarse un Informe del Equipo Psicosocial de cuyas conclusiones se subrayó la circunstancia de que el citado movimiento religioso podía ser una secta destructiva y, en consecuencia, la relación de los niños con la misma tendría un potencial efecto negativo en su desarrollo, estimándose que debería evitarse dicho contacto, habida cuenta de su corta edad y de su vulnerabilidad. 2. La esposa apeló la sentencia de instancia, impugnando, entre otras cuestiones, las medidas adoptadas para preservar a los menores de las creencias del padre, por considerarlas insuficientes. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, en Sentencia de 24 de octubre de 1996, fundándose principalmente en el Informe Psicosocial, acordó restringir el régimen de visitas dispuesto

[80] Fundamento de Derecho 3.º.

en la instancia, privando al padre de las que le correspondían en todas las vacaciones y reduciendo el horario de las visitas de fin de semana alternos, con expresa prohibición de que los menores pernoctasen con su padre. 3. Dicha sentencia fue recurrida en amparo por el padre invocando la vulneración del artículo 16.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional va a partir de que «el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público»[81], de inexcusable observancia para los poderes públicos, constituyendo un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias a terceros, incluso de sus progenitores. No obstante considera que hay desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial, lo cual lleva a afirmar que ha habido discriminación del recurrente en virtud de sus creencias. Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que falta toda justificación de la necesidad de las medidas restrictivas adicionales, habida cuenta de que los riesgos que para los menores pudieran dimanar de las creencias del padre habían sido ya prevenidos con la prohibición de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que la prohibición hubiese sido violada, ni que hubiese riesgos de que lo fuese[82]. Sostiene el Constitucional que ni la documentación aportada sobre el movimiento religioso y ni el Informe Psicosocial arrojan resultados que permitan afirmar la mayor intensidad del riesgo en cuestión, y que por tanto no hay en la causa datos objetivos que los acrediten, habiendo actuado el órgano judicial a partir de meras conjeturas sobre las características de las creencias profesadas por dicho movimiento[83].

Por último conviene mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1980[84] que no admite el recurso de casación planteado, en el cual la madre (testigo de Jehová) pretende que se le prive al padre (católico) la patria potestad de la hija, pues los malos tratos que llevaron a la separación podrían perjudicar a la menor. El Alto Tribunal señala que en la sentencia recurrida, a la hora de resolver sobre cuál de los cónyuges ejercerá la patria potestad, no deja de influir, circunstancialmente como uno de factores a tener en cuenta, «el que la salud o incluso la vida de la menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ello de las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre, resolviéndose sobre las medidas procedentes, en relación con esta patria potestad, en ejecución de sentencia, pues aunque es declarada inocente la madre lo es en relación a los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido, pero cuya conducta en nada es contraria en cuanto pudiera afectar a la menor cuya custodia se le encomienda».

---

[81] F.J. 5.º.
[82] Cfr. F.J. 6.º.
[83] Cfr. F.J. 7.º.
[84] R.J. 1980/1012.

De todas las resoluciones examinadas se puede deducir que:

– en principio, las creencias religiosas de los padres no pueden constituir causa *per se* para la privación o la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en los casos de separación o de divorcio, o para la privación de la patria potestad, pues ello vulneraría los derechos de igualdad y libertad religiosa de los padres consagrados en los arts. 14 y 16.1 de la Constitución española respectivamente. El Juez debe atribuir el cuidado de los hijos al padre con mayor capacidad para la educación en general.
– No obstante, prima el interés superior del menor, su adecuado desarrollo físico y mental, por lo que esas creencias religiosas de los padres pueden llevar a la adopción de medidas cautelares si pudiesen perjudicar ese interés superior, e incluso podrían influir en la decisión judicial de privar a uno de progenitores de la guarda y custodia, o de la patria potestad.

En suma, lo que va a prevalecer en todo caso va a ser el interés superior del menor, por lo que su cuidado se otorgará a quien tenga mayor aptitud para la educación en general. Como señaló la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 30 de septiembre de 1999, la privación de la patria potestad debe estar basada, amén de la situación de ruptura convivencial, en causas excepcionales, por cuanto que se impida tal ejercicio de la patria potestad o porque su ejercicio afecte de forma grave y perjudicial a la formación del menor en todos los órdenes. Por ello la decisión que se adopte debe basarse en supuestos muy concretos y específicos y sobre datos y pruebas alejadas de las meras conjeturas o sospechas de lo que en un futuro pudiera ocurrir y sólo si el material probatorio ha sido determinante de la realidad del perjuicio del menor y del incumplimiento de los deberes podrá dar lugar a la privación total o parcial de la patria potestad en los términos señalados en el art. 170 del C.c.

En conclusión podemos decir que las creencias religiosas de los padres no pueden ser causa determinante de la atribución o de la privación de la guarda y custodia de los hijos, o de la patria potestad, pero sí puede ser elemento coadyuvante que junto con otros haga vencer la balanza a favor de un progenitor u otro.

I.4. DERECHO PENAL

CÓDIGO PENAL Y PROSTITUCIÓN*

Por el Dr. Emilio Cortés Bechiarelli
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Extremadura

* Constituye el objeto del presente estudio, sustancialmente, el texto de mi ponencia desarrollada en las *IV Jornadas de Derechos humanos. Prostitución,* que se celebraron en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Salamanca durante los días 12 a 14 de diciembre de 2001. Todas las Sentencias y Autos citados lo son de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. ATIPICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN
2. LA REFORMA DE 30 DE ABRIL DE 1999 Y LA INDEMNIDAD SEXUAL
3. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE PROSTITUCIÓN
4. REFLEXIONES EN TORNO AL ART. 187.1 DEL CÓDIGO PENAL
5. DETERMINACIÓN ILÍCITA DE MAYORES DE EDAD A LA PROSTITUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN. ATIPICIDAD DE LA PROSTITUCIÓN

A modo de premisa principal, y antes de cualquier otra clase de consideración, debe partirse de una idea que se ha convertido ya en tópica para todos cuantos, por una razón u otra, han tenido que acercarse al estudio de la dimensión jurídico-penal del poliédrico fenómeno de la prostitución: ésta, en cuanto tal, no supone infracción criminal alguna, de tal suerte que bien puede concluirse que, en principio, y con las precisiones que se detallarán a lo largo de este trabajo, quien se prostituye, o quien solicita la práctica de esta actividad, no comete ningún delito, como, por otra parte, es popularmente conocido. Lo anterior no significa, sin embargo, que todas y cada una de las conductas relacionadas con este comercio participen del atributo de la impunidad; el vigente Código penal, en línea con nuestra tradición legislativa histórica, contiene un Capítulo dedicado a los denominados *delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, que sanciona, como se verá, a quienes lesionan la indemnidad sexual de los menores de edad o incapaces tratando de introducirles en la prostitución, o bien fuerzan el consentimiento de mayores utilizando medios coactivos para tales fines. A estos supuestos han de añadirse aquellos en los que la anuencia de la víctima, aunque existiendo, trae causa espúrea, como el engaño, el abuso de una situación de superioridad, o de necesidad, o la vulnerabilidad de la persona determinada a prostituirse. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1980 resume con acierto la verdadera *ratio legis* de esta especie de delitos, cuando afirma que «ciertamente, la autocorrupción ni la autoprostitución están penadas, o son atípicos, pero una cosa es el que se llegue a tales estados de prostitución o corrupción por un proceso de autodeterminación debido a los propios impulsos, instintos, sentimientos o deseos, y otra muy distinta que hayan sido provocados desde fuera por otras personas que, con egoístas y punibles fines, los hayan promovido, favorecido o facilitado a quienes por la inmadurez inherente a su corta edad no pueden prestar consentimiento válido ni están en condiciones de reaccionar ante los sinuosos ataques a su integridad psíquica y libertad sexual». Naturalmente, este planteamiento de las cosas es extensible al resto de sujetos pasivos de los delitos que analizo, en la medida en que su inclinación a la prostitución no es espontánea, sino que se precipita de manera impuesta o artera.

Como se dijo, así ha sido, con matices, desde el Código penal de 1822 hasta la actualidad. El estudio histórico de la figura, cuyo detalle omito, lo sugiere, de modo que, ante esa armonía legislativa, los únicos puntos de interés de esta exégesis se sitúan en observar cuáles han sido las conductas prohibidas, en cada caso, por no ser tan coincidentes –ni cualitativa, ni cuantitativamente–, y, en la modalidad de inducción o auspicio de la prostitución de menores, hacer notar

los diferentes umbrales que han limitado tal concepto, y que se sitúan entre los veintitrés años de la mayoría de los Códigos penales, y los dieciocho de la actualidad, pasando por los veinte del ya citado texto de 1822.

En la actualidad, se aprecian con especial nitidez las razones que recomiendan esta atipicidad de las prácticas de prostitución, concebidas de forma genérica, en cuanto, elementalmente, el único fundamento de la incriminación de un determinado delito en un Estado democrático y de Derecho es la protección de bienes jurídicos; y, desde luego, quien, en el uso de su autodeterminación sexual, decide recibir un precio por realizar actividades de tal naturaleza con un tercero, ningún valor personal o colectivo quebranta, como tampoco lo hace quien lo paga, ya sea de manera episódica o habitual; antes bien, ambos podrían constituirse en sujetos pasivos de un delito de coacciones sin son obligados a la abstinencia por quien impide la consumación del contacto; todo ello, como exigencia de un entendimiento moderno e individualista, en cuanto al contenido del objeto de tutela, de la libertad e indemnidad sexuales.

2. LA REFORMA DE 30 DE ABRIL DE 1999 Y LA INDEMNIDAD SEXUAL

La remozada redacción de los delitos relativos a la prostitución trae causa de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que complementa la que inicialmente aparecía en el Código penal de 1995. Determinadas decisiones jurisprudenciales –atinadas en sí– que dejaban sin castigo (o rebajaban de manera notable la pena impuesta en primera instancia) conductas relacionadas con la corrupción de menores motivaron esta rápida reforma, reveladora de la precipitación con la que se operó durante la tramitación del actual texto punitivo en esta materia, a pesar de que disciplinaba inclinaciones delictivas nada novedosas. Como reconoce la propia *Exposición de Motivos* de dicha Ley, tras un largísimo exordio que relega la principal justificación de la labor legislativa a su epílogo, su impulso no es otro que «los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código penal de 23 de noviembre de 1995». En fin; respecto a las figuras que nos ocupan, el tratamiento observado ahora por el Código supera al de su antecesor de 1973, ya que, primero, se acometió la reducción de conductas típicas prohibidas, al menos formalmente; segundo, se suprimieron algunas que mal favor hacían a la taxatividad exigible a cualquier tipo penal (así, por ejemplo, la que castigaba a quien «retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en *cualquier clase de tráfico inmoral*»); y, tercero, desde una perspectiva estrictamente sistemática, se separan con la suficiente claridad los delitos de corrupción de menores y los relativos a la prostitución, como tipos penales diversos, quebrándose así su secular tratamiento unitario, incluso a efectos punitivos.

Y ya que se hace la imprescindible referencia a la reforma de 1999, es menester poner el acento en una de sus principales innovaciones: la mención que se

hace, al fin, a un bien jurídico alternativo y complementario a la libertad sexual (heredera desde 1989 de la distorsionante *honestidad*, que presidía, hasta entonces, la rúbrica en la que se inscribían estos tipos), y que no es otro que la llamada *indemnidad sexual*. Ningún grupo de delitos como los relativos a la prostitución obedece con mayor precisión a esta doble denominación, ya que el art. 187 del Código penal perseguiría la protección de la indemnidad, y el 188 acogería los que, en el mismo ámbito, lesionan la libertad sexual, como se puede colegir de la lectura de ambos preceptos. Brevemente, debe saludarse con entusiasmo esta inauguración de la *indemnidad sexual* como objeto tutelado de manera específica por el ordenamiento criminal, mucho más si se tiene en cuenta que, así, se consigue, por ende, subrayar la dimensión personal, que no colectiva, que estos delitos tienen en lo atinente a los bienes jurídicos que arropan, y que conectan, en cualquier caso, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la víctima, que son valores de exclusivo alcance individual. Porque, en efecto, es preciso desterrar reflexiones doctrinales y jurisprudenciales que han considerado que lo que se trataba de proteger, en suma, no era sino una especie de evanescente orden público sexual, cuando no la moral colectiva, como reconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1980 (por no citar las decimonónicas que acentuaban hasta el paroxismo este planteamiento, ya anacrónico), cuando concluía que «toda persona prostituida está corrompida, aunque no toda persona corrompida se halla prostituida y es lo cierto que son delitos distintos que tienen de común el que ambos constituyen delitos contra la honestidad y dentro de éstos pertenecen al grupo de los atentatorios a la moral colectiva conforme a la clasificación doctrinal generalmente admitida». Frente a estas tesis, se viene imponiendo, afortunadamente, la que sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1999, que reconoce que «la regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública, ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello».

En este caldo de cultivo fructifica el reconocimiento legislativo de la *indemnidad sexual* como bien jurídico *también* protegido en el Título VIII del Libro II del Código penal, que impregna y lubrifica la letra de su art. 187, a pesar de que el contenido de dicho valor no era desconocido, ni para la doctrina científica, desde luego, ni para la jurisprudencia, que en determinadas resoluciones ya describía con acierto el alcance que habría de otorgársele. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1980, enjuiciando un supuesto de delito relativo a la prostitución en el que la víctima era una menor de edad, alcanzó a precisar que estos delitos perseguían «proteger a quienes por su edad –mujeres u hombres menores de 23 años– se encuentran en período

constructivo de su personalidad, educación y formación moral y ciudadana, con inferiores defensas éticas por su propia inmadurez e inexperiencia». El mismo alto Tribunal (sentencia de 26 de abril de 1997) habla de un «elemento básico» en esta especie de delincuencia, cual es «el favorecimiento del instinto sexual en persona que, por su inmadurez e inexperiencia, es incapaz, física y psíquicamente, de la autodeterminación en estos aspectos vitales, iniciándoles en una prematura promiscuidad sexual». Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (caso *Arny*), operada ya la reforma de abril del mismo año, proclama que «el bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, el derecho de todas las personas a la autodeterminación sexual, si bien, tratándose de menores, como sucede en este caso, se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación».

3. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE PROSTITUCIÓN

El término *prostitución* es polisémico. Dependiendo de la rama del conocimiento que acometa su estudio, encontraremos variadas definiciones, a las que cabría unir las de los instrumentos legales de carácter supranacional que tampoco se sustraen al ejercicio de ensayar un concepto del fenómeno. Para nuestro Derecho penal, sin embargo, resulta de todo punto capital precisar cuál es el contenido exegético estático del elemento típico *prostitución*, para evitar, de esa manera, un desmedido y nada aconsejable arbitrio judicial en orden a la estimación de los arts. 187 y 188 del Código penal. La seguridad jurídica lo demanda sin reservas, máxime si se sabe que la interpretación del sustantivo puede verse interferida, en ocasiones, por posicionamientos apriorísticos de naturaleza ética, moral y hasta religiosa, todos ellos ajenos a la dimensión aplicativa de nuestra rama del ordenamiento, y que debieran ser desterrados de plano del debate.

Lo anterior es así, de una parte, porque el legislador no ofrece los elementos esenciales que perfilan el concepto de prostitución, dejándolo al albur del intérprete; y, de otra, porque si lo que caracteriza primordialmente a estos delitos es la influencia que el sujeto activo ejerce en terceros para que la practiquen, es primordial conocer con detalle en qué consiste, porque de esa manera, o bien se evitan lagunas de impunidad que sabemos que la sociedad no tolera en relación con esta clase de delitos, o bien no se acaban castigando actos de inducción o favorecimiento que no tienden, precisamente, a introducir en el mundo de la prostitución a la presunta víctima, sino a algo distinto. Como premisa, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1985 reconoce que «no es tarea grata la de ocuparse de la naturaleza jurídica de la prostitución, así como de si el denominado *pretium carnis* constituye o no crédito exigible, que, en caso de satisfacerlo, el acreedor, apoderándose con violencia de la cosa de su deudor, pueda engendrar un delito de realización del propio derecho», concluyendo que «a pesar de la transigencia y permisividad actuales, no puede dudarse que el ejer-

cicio de la prostitución, máxime si se trata de prostitución masculina de signo uranista, es actividad contraria a la moral».

Nuestra jurisprudencia reciente ofrece algún concepto más rico de prostitución, aunque no demasiados. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1983 dice que «por prostitución se entiende la entrega sexual o carnal realizada de manera venal y promiscua de una persona a cualquier otra que la solicite». De igual modo, la de 7 de abril de 1999, ya citada, parte de que «la prostitución puede conceptuarse como aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio». Así es, en efecto, pero es preciso hacer alguna matización en relación con parte de los elementos que definen jurisprudencialmente el término típico.

La recompensa.—No existe duda ya acerca de que es característico de la prostitución, a nuestros efectos, la presencia de una recompensa para quien ofrece sus servicios de naturaleza sexual –o para la clásica figura jurisprudencial del proxeneta–, que habrá de ser satisfecha por quien los demanda, e, incluso, por un tercero. Una cercana sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2001, remarca este extremo, hasta el punto de casar la resolución de instancia, y declarar la ausencia de delito relativo a la prostitución por el que se acusaba (Fundamento Jurídico Quinto), por inexistencia de prueba respecto a la recompensa que, por cierto, no tiene que ser necesariamente de contenido pecuniario; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1994 castiga a quien «entregó a las dos menores de forma reiterada y para mantenerlas en estado de prostitución, dosis diversas de heroína». Se supera, con vocación de permanencia, el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1979, que entendió que «el precio no es siempre elemento esencial e indispensable, pues cabe la llamada prostitución viciosa (*sic*) en que una mujer repite los actos sexuales con una serie de hombres distintos, para satisfacción de su perversión sexual» (como la de 25 de junio de 1968).

La precisión es importante, porque, como se ha dicho que reconoce la sentencia de 15 de octubre de 2001, si la inducción o el favorecimiento de la prostitución, o el empleo de medios coactivos o arteros para lograr ese propósito, carece de significación venal, tales conductas no se incardinan en los arts. 187 y 188 del Código penal, aunque, en algunos casos, podrían constituir alguna otra infracción criminal. Esto significa que quien induce o patrocina que un menor de dieciocho años, pero mayor de trece (límite en el que el legislador fija el momento a partir del cual se entiende autodeterminado el actor *ex* art. 181.2 del Código penal), realice con otro sujeto determinados actos sexuales sin compensación de ninguna clase, no comete delito, ni tampoco ese tercero, ni, naturalmente, el propio menor, o, insisto, al menos, de la naturaleza del que aquí se estudia. En este estado de cosas, parece que lo que lesiona la indemnidad sexual –bien jurídico protegido– no es ya la precipitación o anticipación de la autodeterminación sexual del menor situado entre la franja de los trece y los

dieciocho años, sino la presencia del componente económico, que se erige, como adelanté, en requisito insalvable de estos delitos, hasta el extremo de convertir en atípicos los hechos, caso de no concurrir. La conocida sentencia de 7 de abril de 1999 parece fundar este criterio, cuando afirma que «estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento». El planteamiento tiene sentido, y satisface, además, el principio de intervención mínima, aunque pudiera ser revisado: se castiga a quien induce o facilita la prostitución de mayores de trece años, pero menores de dieciocho, en el entendido de que esa actividad presenta un imprescindible carácter económico, que tiñe, por decir así, la autodeterminación sexual, a modo de régimen intermedio entre la plenitud de la indemnidad, y un cierto –que no absoluto– grado de aptitud para ejercer actos de tal naturaleza.

Pero, a mi juicio, el legislador se ha olvidado, para no incurrir en una palmaria paradoja ayuna de cualquier significación político-criminal, de agravar la conducta sugerente o patrocinadora en los supuestos en los que el sujeto pasivo es menor de trece años, porque, así las cosas, no se alcanza a comprender que quien supera ese umbral, al que el propio legislador le presupone capacidad de autodeterminación en el vecino delito de abuso sexual, no pueda ejercitar ésta acogiendo la invitación de un tercero para prostituirse, al menos que prefiera pensarse que este Título VII del Código penal carece de la más elemental coherencia sistemática. En este sentido, ha dejado sentado la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2001 que «la edad de catorce años en una mujer permite conocer y comprender el alcance y consecuencias de una relación sexual plena, que se puede desarrollar en el seno de unas relaciones amorosas, e incluso dentro del matrimonio válidamente celebrado». Es, precisamente –y por eso he realizado la anterior reflexión en esta sede–, el componente crematístico, en sentido amplio, el que soporta la antijuridicidad de las acciones típicas del art. 187 del Código penal cuando de mayores de trece años se trate, en el sentido de que la recompensa es el elemento que vertebra el concepto de prostitución, y éste, quiérase o no, es un sórdido mundo, nada aconsejable para quien, aún conociendo la significación de los actos sexuales, las más de las veces, se encuentra en proceso de maduración resuelta y definitiva. Parece, en resumen, que el legislador –el de 1995, y el de cuatro años más tarde– ha olvidado, sorteando sus propios presupuestos, que la iniciación a la prostitución no debe ser valorada en régimen de igualdad cuando el sujeto pasivo tiene siete años, que cuando ha cumplido los diecisiete, a pesar de que, *de lege lata*, hoy siga siendo así.

La habitualidad.—Segunda de las señas de identidad del concepto jurídico-penal de la prostitución: su «cierto carácter de habitualidad» que la jurisprudencia, como hemos visto, le asigna. Y otro argumento para reiterar la recomendación de incrementar la pena para conductas típicas proyectadas sobre menores de trece años, de manera que el mantenimiento de la incriminación de los que

superan esa edad se justifica por esa nota de la mínima permanencia, quedando impune la consumación de un acontecimiento sexual episódico, aún mediando recompensa. La cuestión fue tratada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1994, que admitió el requisito de la asiduidad o permanencia en base a que «la citada L. y por un período de dos o tres semanas acudió diariamente al aludido establecimiento durante el horario de apertura del mismo…». También merece ser invocada la del mismo órgano jurisdiccional, de 7 de mayo de 1998, que revoca la de instancia –que condenó por un delito relativo a la prostitución–, calificando definitivamente los hechos como tentativa de abuso sexual, a quien en diversas ocasiones ofrece dinero a un niño de once años.

Curiosamente, esta habitualidad servía, en el Código penal de 1848, para definir una de las conductas típicas, cuando su art. 357 castigaba a «el que habitualmente o con abuso de superioridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro».

El destinatario de los servicios.—Planteo bajo este enunciado una cuestión, que casa, precisamente, con la última cláusula legal del citado art. 357 del Código de 1848: «para satisfacer los deseos de otro». Entiendo que dicho texto era mucho más permisivo que el actual, que no ofrece restricciones legales de esa clase, de tal suerte que el propio inductor, o promotor, de la prostitución, o quien coacciona o engaña con tal propósito, que, además, con esos presupuestos, realiza actos de contenido sexual con la víctima, comete el delito, por no ser imprescindible que éstos se desarrollen con un tercero. Este enunciado encuentra el refrendo de la jurisprudencia, y, en efecto, la referida sentencia que resuelve los Recursos de Casación del asunto conocido como del Pub *Arny* considera que «en modo alguno queda limitada la conducta delictiva a quien se enriquece con las relaciones sexuales que mantiene un tercero con los menores a cambio de dinero, en cuanto no hay razón legal para excluir a quienes mantienen directamente dichas relaciones, si con ello se induce, promueve, favorece o facilita la prostitución».

4. REFLEXIONES EN TORNO AL ART. 187.1 DEL CÓDIGO PENAL

Su párrafo primero dispone que *el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses.* Llama la atención, para empezar, la amplitud con la que el legislador detalla las acciones típicas de este delito, sin duda que influido por su espíritu de reducir, al menos desde una dimensión formal, la dispersión que padecía la regulación del texto penal derogado. Pero, a la vista de esta descripción del tipo, se pueden extraer no pocas consecuencias, que, brevemente desarrollo en los párrafos que siguen.

En primer lugar, que nos encontramos ante un delito de peligro concreto –debe, efectivamente, crearse una situación de riesgo objetivo para la indemnidad sexual, que no va ínsita en la propia inducción o facilitación de la prosti-

tución, a mi entender, sino que dependerá de las circunstancias que rodean al sujeto activo y al pasivo–, sin que se precise la consumación de actos de contenido sexual por parte de la víctima. Desde antaño lo ha considerado así nuestra jurisprudencia, y, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1921 afirmaba ya que «la sanción establecida es aplicable a todo el que, con cualquier motivo o pretexto, ayude o sostenga la estancia de menores en casas o lugares de vicio, independientemente de que llegue o no a realizarse acto deshonesto alguno». Más cercana, continúa esta línea de pensamiento la de 29 de noviembre de 1994.

En segundo término, las acciones típicas propuestas por el legislador parten del presupuesto de lo que se denomina *concepto extensivo de autor*, que estimo que, en cualquier caso, nunca resulta ser una técnica legislativa plausible, porque, entre otras cosas, quiebra el principio de proporcionalidad de las penas en lo atinente al grado de participación en el delito de que se trate. Únicamente una interpretación jurisprudencial precisa, que tenga en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, y que parta de la premisa inicial de que nos encontramos, como dije, ante un delito de peligro *concreto*, podrá poner freno, de una parte, a una posible hipertrofia aplicativa de esta figura, patrocinada por la diversidad de acciones típicas, así como por el lato alcance de las mismas. Por otra, y a mayor abundamiento, el criterio expansivo utilizado presenta un grave defecto inicial –que hace gráfico lo anterior–, consistente en igualar, a efectos punitivos, conductas que se equiparan a la propia autoría, como es el caso de la inducción (art. 28 del Código penal), con otras, como el favorecimiento o la facilitación, que pudieran ser incluidas, mejor, en el radio de acción de la complicidad. De modo que es preciso insistir: ha de ser nuestra jurisprudencia la que corrija estos posibles desajustes que se infieren de la lectura del art. 187.1 del Código penal, de manera que se de cumplimiento a los postulados más básicos de la autoría y la participación.

La repetida sentencia de 9 de diciembre de 1999 (asunto del Pub *Arny*) reduce a mera complicidad, contra el criterio de la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla, la labor de aquellos camareros que «no se limitaban a servir las bebidas o alimentos que consumían los clientes», como sostenían las defensas, sino que extendieron su actividad –hasta el límite, insisto, de la complicidad– a «cobrar el uso de los reservados, entregar las sábanas y en su caso suministrar preservativos». Nótese cómo, a pesar de que, cabalmente, estas conductas pueden ser consideradas como de *favorecimiento* de la prostitución, la sentencia citada las cataloga como propias de una situación de complicidad, por cuanto, como reconoce, «se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible». Queda, de esa suerte, diluido un tanto el dilatado concepto de autor que suministra inapropiadamente el art. 187.1 de nuestro texto criminal.

En tercer lugar, reclama singular tratamiento el análisis de la conducta del conocido popularmente como *cliente*, en aquellos casos en los que la víctima del

delito es, precisamente, menor de edad o incapaz. En este sentido, la jurisprudencia puede decirse que ha operado un notable cambio desde la sentencia de 7 de abril de 1999, ya que, con anterioridad a la misma, la de 12 de enero de 1998 (siempre de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) había absuelto en un caso en el que «lo único que se declara probado de estos dos acusados, hoy recurrentes, es que el primero de ellos tuvo acceso carnal con tres jóvenes, de quince, dieciséis y diecisiete años respectivamente y que el segundo lo tuvo con la de diecisiete, pagando los dos variables cantidades de dinero a un individuo, que estuvo acusado y falleció antes del juicio oral, que explotaba en su propia casa y beneficio la prostitución de los menores. En lugar alguno del *factum* se dice que los acusados realizasen actos que pudiesen ser considerados como inducción, promoción o favorecimiento en sentido estricto de la prostitución, ni se dice tampoco que su esporádica –aunque en ocasiones plural– relación con las citadas jóvenes tuviese el efecto de inclinarlas al ejercicio de dicho tráfico inmoral».

Sin embargo, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999 acordó variar el anterior criterio, plasmándose el nuevo en la sentencia tantas veces referida de 7 de abril de 1999, que declara cuanto sigue: «debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los clientes inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En ese sentido, en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1.º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad». En efecto: se verifican, a la vista de esta doctrina, los elementos que entendí definidores del concepto jurídico-penal de prostitución: el crematístico, o similar («ofrecimiento de dinero por un adulto»), la habitualidad («máxime cuando se trata de relaciones reiteradas»), y que sea indiferente el destinatario de los servicios sexuales.

Por último, y dejando al lado otras muchas cuestiones relacionadas con el párrafo primero del art. 187 que pudieran ser de interés, por elementales razones de brevedad, debe señalarse que los párrafos segundo y tercero de ese precepto contienen sendos tipos agravados. El primero, cuando se realicen los hechos prevaliéndose de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, en la línea legislativa de considerar garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas a estos sujetos concretos. El segundo, introducido en virtud de la Ley de abril de 1999, «cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de

tales actividades», previsión harto razonable, ya que, de producirse el delito relativo a la prostitución en estas circunstancias, el nivel de compromiso de la indemnidad sexual como bien jurídico aumenta considerablemente, por el incremento del peligro concreto (categoría en la que es sabido que he inscrito el tipo básico de este delito) creado cuando ocurren los presupuestos fácticos del párrafo transcrito.

5. DETERMINACIÓN ILÍCITA DE MAYORES DE EDAD A LA PROSTITUCIÓN

El art. 188.1.º del Código penal dice: *El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

En esta ocasión, el legislador ha sido más parco en cuanto al número de conductas típicas que configuran este delito, limitándose a recoger una única –que, a su vez, se diversifica–, consistente en *determinar a ejercer la prostitución o mantenerse en ella.* De manera que, antes de analizar los medios con los que se alcanzan esos propósitos, ha de adelantarse que, en contra de lo afirmado en el epígrafe anterior, esta vez se exige un resultado concreto, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1999 cuando sostiene que «como delito de resultado, la acción del art. 188.1 exige que los actos del sujeto, dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, tengan como efecto externo y posterior, el que ésta venga a satisfacer los deseos sexuales de otra, como aquí ocurre, ya que si no se alcanza ese fin podría quizás hablarse de una situación imperfecta de ejecución, o delito en grado de tentativa». Se ha entendido que para la incriminación de estas actividades, dada la mayoría de edad de los sujetos pasivos, no basta con poner en peligro su libertad sexual –que es el bien jurídico protegido, derivado de la libertad en sentido amplio, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad–, sino que es preciso que la *determinación* de la que habla ese art. 188.1 desemboque en un efectivo ejercicio de actos de prostitución. En efecto, la distinta naturaleza que la indemnidad y la libertad sexuales presentan invitan a sostener este planteamiento, aunque quizá esta matización tendría más realce si se hubiese utilizado otro término para definir la conducta típica de la modalidad que se comenta ahora.

¿Cómo se alcanza esa *determinación* del sujeto pasivo? Son distintas las posibilidades que suministra la tipicidad de la figura, pero, en cualquier caso, tasadas. La primera, el uso de la violencia o la intimidación, lo que sitúa a este presupuesto legal en régimen de conexidad con los delitos de coacciones y amenazas, respectivamente, que quedarían en la práctica relegados, en mérito de la aplicación del llamado principio de especialidad. La propia sentencia de 2 de junio de 1999 reconoce esta identidad, y afirma que «cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y de decisión de la víctima, es determinante

del delito. No existe ninguna razón para estimar que la coacción de este precepto ha de tener menor entidad que la prevista en el art. 172», ya que, en definitiva, «el delito del art. 188.1.º del Código penal es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además, ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad, el del art. 188.1.º requiera mayores exigencias que el delito de coacciones». También la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1999 resalta la similitud entre los referidos tipos penales, y en sus hechos probados se lee que es de aplicación el art. 188.1.º, por cuanto «el acusado las amenazó con causarles graves daños físicos y psíquicos no sólo a ellas, sino también a sus familias en Panamá a través de los contactos que tenía en aquel país, todo ello si no seguían sus instrucciones o si se fugaban». Este execrable *modus operandi* se recoge, a su vez, en la sentencia de 23 de septiembre de 2000, que detalla como «las mujeres eran apercibidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para ellos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que le indicaban», que no era sino ejercer la prostitución. El Auto del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1999, por último, y a fin de ilustrar por vía ejemplificativa los conceptos de violencia e intimidación, tan usuales en el articulado de nuestro Código penal, aplica este tipo a quien, respecto a la víctima, «la llevó por la fuerza a un pueblo cercano a Benavente, donde la obligó pegándole palizas a mantener relaciones sexuales con hombre bajo precio».

El engaño se constituye en el tercer medio idóneo para *determinar* a un mayor de edad al ejercicio de la prostitución, o mantenerle en ese estado. Como ocurre con la exégesis jurisprudencial de este elemento típico en el delito de estafa, son dos las consideraciones que debieran tenerse en cuenta a la hora de valorar la idoneidad del ardid para acabar consiguiendo la lesión del bien jurídico protegido, en cada caso: una, la referente al normal desenvolvimiento de los actos humanos, a modo de juicio objetivo (me sigo resistiendo a utilizar el criterio del por demás desconocido *hombre medio* para estos menesteres, como para cualesquiera), y otra, más subjetiva, que tenga en cuenta las circunstancias de índole personal que concurren de manera específica en la víctima. El ejercicio interpretativo circunstanciado relativo a la eficacia del engaño para lograr el propósito criminal resulta ser especialmente trascendente, si se tiene en cuenta que la práctica de la prostitución por mayores de edad, de no concurrir la treta, resulta ser impune.

Integra el concepto de engaño, para nuestra jurisprudencia, una conducta, desgraciadamente, demasiado frecuente en nuestro territorio, cual es la que sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1999, consistente en que «el acusado facilitaba (sin que conste condición alguna) a las jóvenes colombianas 2000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero una vez que se encontraban en España, les exigía la devolución de la mencionada

cantidad, y el reembolso de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en su club. Tal narración describe un notable contraste entre lo ofrecido, muy ventajoso para la mujer en el momento de su recluta, y la realidad con la que la misma se encontraba, cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado. Se trata de un evidente engaño» (en idéntico sentido, el Auto de 19 de enero de 2000). Se articula, en estos casos, el esquema típico empleado por el legislador a la hora de perfilar la conducta prohibida: *engañar para determinar*, como ocurre en el delito de estupro –tan doctrinalmente cuestionado–, en el que el consentimiento de la víctima previo al acto sexual de que se trate comparece –como sucede en el resumen de hechos probados citado–, pero trae causa de una maniobra de engaño, que lo convierte en ineficaz de todo punto, a efectos de dejar sin sanción la conducta. Se reconoce, pues, la virtualidad de este engaño *a distancia* (concurre en el primer contacto, pero no en los momentos anteriores a los actos de prostitución).

Por último, abrocha el elenco de vehículos decisivos para lograr esa *determinación* en el ejercicio de la prostitución la probatura de la existencia de una previa situación de superioridad, o de necesidad, o de vulnerabilidad de la víctima. Son también supuestos de consentimiento inválido, por más que se verifique. La presencia de la superioridad, traducida en otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales bajo la clásica etiqueta de *prevalimiento,* en cuanto eficaz para hacer decaer la resistencia de la víctima, puede presentar, en la práctica, multitud de formas, pues no creo que la interpretación que del término *superioridad* haya de hacerse deba diferir demasiado, dada la identidad del bien jurídico tutelado, de la elaborada para el referido prevalimiento en otros delitos de naturaleza sexual. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1998 reconoce que, en relación con la víctima, los actos de esa especie se realizaron «con su voluntad, aunque ésta se encuentre deteriorada, disminuida y mediatizada por la superioridad y dominio que sobre ella ejerce el sujeto activo de la acción», de suerte, en muy amplios términos, que «el prevalimiento supone servirse de la relación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo» (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001, apreciando tal circunstancia por el hecho de ser familiares el autor y la víctima). Han integrado también el contenido del prevalimiento al servirse del retraso mental de la afectada (sentencia de 20 de enero de 2000), o el «papel de pseudo-padre, aprovechando la falta de confianza de la menor con sus padres en materia sexual» (sentencia de 29 de marzo de 1999), o la «notable diferencia de edad» (sentencia de 3 de marzo de 2000, por citar las más recientes). Sea como fuere, para estos supuestos de inducción a la prostitución de mayores de edad, no se exige, como sí ocurre con el delito de abusos sexuales del art. 181.3.º del Código penal, que la situación de superioridad, no sólo pueda ser probada, sino que, además «coarte la libertad de la víctima». No hubiera hecho mal papel este estrambote legal en el art. 188.1.º que comento, o, al menos, más se precisaba en esta sede que en la de abusos sexuales.

No me olvido de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Bien se enmarcarían en estos presupuestos típicos las sentencias citadas en su momento al comentar la existencia de engaño, ya que es éste elemento, precisamente, el que acaba provocando esa situación de precariedad, de la que el sujeto activo obtiene su provecho. En los casos de necesidad, parece evidente que lo que supone el fundamento de la incriminación es que ese autor introduzca a la víctima en el mundo de la prostitución, *ofreciéndosela* como medio para acabar con tal coyuntura. Entiendo, sin embargo, que la consideración de estos delitos, desde el punto de vista de su persecución, como públicos, podría dar lugar, en puridad, a no pocos excesos represivos en esta materia, porque, si continúa así el panorama legislativo, es evidente por demás que la determinación a la prostitución de mayores de edad mediando necesidad –sin más aditamentos sustantivos o procesales– es típica, y que la intervención del Ministerio Fiscal devendría necesaria, pues no opera, para estos casos, la llamada cláusula de oportunidad que sí tiene vigor en los delitos de agresión, abuso y acosos sexual –*ex* art. 191.1.º del Código penal–, en los que la iniciativa procesal de la acusación pública queda supeditada a «los legítimos intereses en presencia». Más adecuado sería, a mi juicio, que algunas prácticas de determinación a la prostitución, cuando de mayores de edad se trata, se constituyan en delitos perseguibles a instancia de parte, dada la entidad del bien jurídico en juego, y, en relación con esto, el alto grado de permisividad del que hace gala el legislador español en lo atinente al tratamiento criminal del fenómeno de la prostitución.

Respecto a la vulnerabilidad –concepto nada pacífico en materia de delitos contra la libertad sexual, singularmente en su dimensión de circunstancia agravatoria del de agresión sexual–, parece que, en nuestro caso, se pretende subrayar el aprovechamiento de esta limitación para, de ese modo, determinar a la víctima a las prácticas sexuales habituales. En definitiva: situaciones en las que el sujeto pasivo tiene seriamente coartada su capacidad de libre decisión, por la presencia de este elemento, como los anteriores, aprovechados por el agente para sus ilícitos fines, de manera que, en suma, insisto, el consentimiento carezca de eficacia en orden a la impunidad de la acción. Conviene señalar que esta vulnerabilidad no acoge los supuestos en los que el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz, como sí hace, precisamente, –a modo de presunción *iuris et de iure* de menor capacidad de resistencia– el tipo agravado de agresión sexual, que se consuma *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años* (art. 180.3.º del Código penal). En efecto, el art. 188 –que disciplina, como se ha repetido, la determinación a la prostitución de mayores de edad utilizando los medios comisivos que comento–, en su párrafo cuarto, establece que *si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda.* En la misma línea, también se incrementan las penas previstas para los párrafos primero y segundo del repetido art. 188, como ocurría en el anterior, si ocurre

que el autor actúa *prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

La reforma de 30 de abril de 1999 instaura un nuevo tipo penal relacionado con la prostitución, castigando con las mismas penas que las previstas para el art. 188.1.º a quien *directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.* Parece claro que el legislador pretende, primero, seleccionar un número limitado de conductas relacionadas con la prostitución para, después, extender su castigo a actividades, como las anteriores, que, prescindiendo del debate que pueda generarse sobre el particular, no irían más allá de la categoría de actos preparatorios, o de meras tentativas del resto de figuras de este Capítulo V del Título VIII, pese a lo cual, como dije, no observan disminuida su pena respecto al resto de los tipos con los que comparte ubicación sistemática, cuestión ésta que debiera quizá ser revisada a la luz de los postulados elementales del principio de proporcionalidad. Nos encontramos, sustancialmente, ante actos de mero reclutamiento –o de la provisión a otros países, en el caso de la *salida*– que significan, en definitiva, un retroceso de las barreras punitivas, a modo de delito de peligro, pero en el que se advierte un escaso grado de compromiso de los bienes jurídicos protegidos por los llamados delitos relativos a la prostitución. No cabe duda, en fin, que una relajación de la cantidad de pena a imponer hubiera hecho mejor favor a esta figura delictiva de nuevo cuño, que, en realidad, trata de prevenir una realidad sociológica palmaria –la llegada masiva de extranjeros para el ejercicio de la prostitución en las condiciones descritas por este delito–, y a la que el legislador le ha dotado de una autonomía que no le es propia, considerando como modo de consumación lo que no es, desde luego, tal cosa.

I.5. DERECHO PROCESAL

¿PUEDE PERSONARSE LA JUNTA DE EXTREMADURA EN UN PROCESO PENAL POR DELITO DE MALOS TRATOS?

Por D. Máximo Pérez Muñoz
Profesor Asociado de Derecho Procesal
Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura
Abogado del Ilustre Colegio de Cáceres

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR PERSONACIÓN EN JUICIO?

III. ¿CUÁLES SON LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL?

IV. ¿QUÉ POSICIÓN PODRÍA OCUPAR LA JUNTA DE EXTREMADURA EN LOS PROCESOS PENALES POR MALOS TRATOS?

V. ¿PODRÍA OCUPAR LA JUNTA DE EXTREMADURA LA POSICIÓN DE ACUSADOR PARTICULAR O POPULAR EN LOS PROCESOS PENALES POR MALOS TRATOS?

VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la sociedad española tiene como objeto permanente de debate, con presencia constante en los medios de comunicación social, televisión, radio y periódicos, la violencia familiar o doméstica y, más en concreto, dentro de ésta, la violencia contra la mujer.

La violencia contra la mujer aparece enraizada en la historia de la humanidad, hasta el punto de que ha podido afirmarse que «la agresión a la mujer tiene un origen ancestral que se remonta a los primeros tiempos de sociedad patriarcal»[1] y, por ello, no es nueva en una sociedad como la española, que hasta fechas todavía muy recientes, concretamente hasta su derogación en 1975[2], mantenía en su Código civil preceptos legales como los arts. 57, que establecía que «el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido», 58, conforme al cual «la mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia» o 60, a cuyo tenor «el marido es el representante de su mujer», preceptos que no eran más que una manifestación del patriarcado imperante, bajo el que mujeres e hijos estaban sometidos al poder omnímodo del marido y padre, en cuanto individuo perteneciente al sexo masculino.

En cambio, si resulta novedoso en la sociedad española que el conjunto de sus ciudadanos perciban la violencia contra la mujer como problema. La generalización de esta percepción, hasta hace relativamente poco tiempo reducida a sectores más minoritarios, como asociaciones de mujeres o grupos feministas, se produce a partir de finales del año 1997. En el mes de diciembre de dicho año un suceso, luego denominado caso Ana Orantes, ocupó grandes y destacados espacios en los medios de comunicación, golpeando las conciencias de los españoles. Este suceso consistió, como se recordará, en el asesinado de una mujer a manos de su marido, que utilizó el fuego como arma homicida[3]. Este crimen, especialmente execrable en sí mismo, no hubiera tenido una especial trascendencia, pasando a ser uno más en las estadísticas, si no hubiera concurrido una circunstancia muy especial, que en la mente del parricida actúo de desencadenante del crimen: la víctima había aparecido meses antes en un programa de televisión para denunciar públicamente la situación de malos tra-

---

[1] Miguel y José Lorente Acosta, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso,* Granada, Editorial Comares, 1998, pág. 10.

[2] Ley 14/1975, de 2 de mayo.

[3] La conclusión judicial del caso, con los hechos probados, puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal de Granada, de 19 de enero de 1999 (Base de Datos de Aranzadi A.R.P. 1999\2969).

tos continuados a la que venía siendo sometida por el que luego sería su asesino[4].

El legislador, hasta el punto de inflexión marcado por el caso Ana Orantes y otros semejantes que se sucedieron a lo largo de los meses siguientes[5], había mostrado escaso interés por afrontar la violencia contra la mujer, como queda evidenciado en que la tipificación como delito especial de esta clase de violencia aparezca por primera vez en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que introduce en el texto legal punitivo el art. 425, en el que se castigaba, con pena de arresto mayor, la violencia física habitual sobre el cónyuge o persona a la que se estuviese unida por análoga relación de afectividad, norma que pronto atrajo la atención de la mejor doctrina[6], que luego, con variaciones, se mantendría en el art. 153 del Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre[7]. Además, el caso ya referido, junto con otros asesinatos de mujeres que también comenzaron a ocupar grandes espacios en los medios de comunicación, ponían de manifiesto que la legislación existente, limitada a la tipificación penal y, por ello, a la represión de conductas, era insuficiente para la prevención de otros casos, para la protección de las víctimas y, en definitiva, para la erradicación del problema o, al menos, para reducir sus perniciosos efectos.

La creciente demanda social pronto provocó la respuesta de las instituciones, como el Gobierno de la Nación[8] o el Ministerio Fiscal[9], y del legislador, cuya labor se concretó, tras algunos avatares en su gestación parlamentaria[10], en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Ley, además de reformar la tipificación penal de los malos tratos, introduce varias medidas procesales dirigidas a proteger a la víctima de este tipo

---

[4] La crónica del caso, desde la perspectiva periodística, puede verse en Francisco Tomás y Valiente Lanuza y Juan Manuel de Francisco Pardo, *Antología del disparate judicial*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, S.A., 2.ª ed., 2001, págs. 175-180.

[5] *Ibidem*, págs. 180-182.

[6] *Vid.* Joaquín Cuello Contreras, «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», en *Poder Judicial*, n.º 32, 1993, págs. 9-18.

[7] *Vid.* Luis Gracia Martín, «El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995», en *Actualidad Penal*, n.º 31, 1996, págs. 577-596.

[8] Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998.

[9] Circular n.º 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al n.º 1841, de 15 de marzo de 1999, págs. 715-728.

[10] *Vid.* Vicente Magro Servet, «El Congreso rechaza las enmiendas del Senado a la reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del Proyecto de Ley inicial», en *La Ley*, n.º 4811, de 4 de junio de 1999, y, asimismo, Jesús Tirado Estrada, «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección de las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley,* n.º 4888, de 21 de septiembre de 1999, págs. 1-8.

de delitos y de algunos otros, cubriendo las insuficiencias de la todavía reciente legislación sobre la materia[11], por lo que, inmediatamente, como corresponde a la doble naturaleza de las medidas que, a su través, se introducen en nuestro ordenamiento, ha sido objeto de estudio por penalistas[12] y procesalistas[13], y es el punto de partida para otras iniciativas, que se encuentran en fase experimental, como paso previo a una posible generalización[14] o que ya están en marcha[15].

La Comunidad Autónoma de Extremadura, por su parte, no ha permanecido inactiva ante los requerimientos sociales de medidas con las que combatir la violencia contra la mujer. En efecto, las instituciones autonómicas extremeñas, tanto la Asamblea de Extremadura, donde, como consecuencia de la presentación por el Grupo P.S.O.E.-N.I. de una Proposición no de Ley, se aprobó una Resolución[16], como la Junta de Extremadura, se han ocupado de la cuestión.

---

[11] Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo. *Vid.*, para un estudio de esta normativa y, en general, para el estudio de la problemática de la víctima en el proceso penal, la Circular n.º 2/1998, de 27 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al n.º 1841, de 15 de marzo de 1999, págs. 729-742; Francisco Ramos Méndez, «La tutela de la víctima en el proceso penal», en *Justicia*, n.º III-IV, 1995, págs. 27-50; Sara Aragoneses Martínez, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito: Deberes y medidas de protección», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, 1995, págs. 409-439, y, de la misma autora, «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (II): Derechos; Acción penal, ayudas públicas y asistencia», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1998, págs. 7-32; Jaume Solé Riera, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.

[12] *Vid.*, por todos, Emilio Cortés Bechiarelli, *El delito de malos tratos familiares*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

[13] *Vid.*, entre otros, Jesús Tirado Estrada, *op. cit.*, nota 10, y, además, Coral Arangüena Fanego, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis», en *Actualidad penal*, n.º 11, 2000, págs. 237-264; Eduardo de Urbano Castrillo, «El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar», en *La Ley*, n.º 5248, de 15 de febrero de 2001, págs. 1-6; Julio Leal Medina, «La prohibición de residir y acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad», en *La Ley*, n.º 5409, de 1 de noviembre de 2001, págs. 1-6.

[14] Nos estamos refiriendo a la atribución de la instrucción de las causas por violencia doméstica a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Elche, n.º 4 de Orihuela, y n.º 5 de Alicante, con carácter exclusivo y a partir del día 1 de enero de 2000, atribución realizada, en cada uno de los casos, por el correspondiente Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 1 de diciembre de 1999 (R.C.L. 1999\3235, 3237 y 3238). *Vid.* Vicente Magro Servet «Los juzgados especializados en violencia doméstica» en *La Ley*, n.º 4954, de 22 de diciembre de 1999, págs. 1-5, y, además, del mismo autor, «Propuestas para una reforma integral en materia de violencia doméstica», en *La Ley*, n.º 5210, de 21 de diciembre de 2000, págs. 1-7.

[15] *Vid.*, por ejemplo, la «Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica», publicada, en forma de tríptico o folleto, por el Consejo General del Poder Judicial en cumplimiento del Acuerdo del Pleno de este Consejo de 21 de marzo de 2001.

[16] Resolución 11/V, subsiguiente a la Proposición no de Ley 39/V (P.L.N.-42), cuyo texto fue aprobado por unanimidad, con el siguiente tenor literal: «La Asamblea de Extremadura insta a la Junta de Extremadura a la firma de un Convenio con los Ilustres Colegios de Abogados de Cáceres y Badajoz, para que la Administración se persone como acusación popular y facilite la acusación particular a través de los profesionales extremeños en los casos de malos tratos sobre mujeres», que

La Junta de Extremadura, sin perjuicio de otras iniciativas[17], a través del Decreto 28/2001, de 20 de febrero, aprueba medidas de asistencia a las mujeres de Extremadura víctimas de la violencia[18], en cuyo art. 3, que aparece titulado como «personación de la Junta de Extremadura en juicio», se establece:

> «Cuando los hechos que originen los malos tratos den lugar a la incoación de un proceso penal por delito, la Junta de Extremadura se personará en el procedimiento actuando en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
>
> La citada personación se llevará a cabo a través del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura o de profesionales colegiados en ejercicio, en la forma establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Decreto 46/1989, de 6 de junio, de organización y funciones del Gabinete Jurídico, y siempre previa evaluación de los hechos por parte de la Dirección General de la Mujer y a requerimiento expreso de ésta y previo informe de viabilidad jurídica del Gabinete Jurídico».

Esta medida, que se suma al resto de las medidas penales y procesales introducidas en nuestro ordenamiento jurídico para combatir la violencia doméstica y la de género y para proteger a sus víctimas, y que bien pudiera merecer una reflexión desde el punto de vista del Derecho administrativo, pues su propia naturaleza jurídica y su calificación como norma aparece inicialmente como dudosa, precisa, sin duda, ser abordado desde la óptica del Derecho procesal penal. Desde esta óptica el precepto resulta de interés, no solamente *per se*, en cuanto referido a la personación en juicio, sino también por enmarcarse en una tendencia más general, claramente apreciable en los últimos años, con una frecuencia creciente, consistente en la intervención de las Administraciones Públicas en procesos penales, ocupando posiciones acusadoras[19], hasta el punto de que esta línea de actuación ha sido, incluso, elevada a rango de Ley por una Comunidad Autónoma[20].

El objeto de estas líneas, como puede deducirse de lo dicho hasta ahora, es el estudio desde el Derecho procesal penal del art. 3 del Decreto de la Junta de Extremadura 28/2001, de 20 de febrero. Este estudio ha de descartar, inicialmente, el análisis pormenorizado del contenido de su párrafo segundo, que no

---

aparece publicada en el *Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura,* n.º 33, V Legislatura, de 18 de febrero de 2000, pág. 9.

[17] Decreto 148/1999, de 6 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente para la Erradicación y Prevención de la Violencia contra la Mujer (D.O.E. n.º 111, de 21 de septiembre de 2001, págs. 7306-7307).

[18] D.O.E. n.º 26, de 3 de marzo de 2001, págs. 2093-2094.

[19] *Vid.*, como ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (R.J. 2000/2520), de 19 de junio de 2000 (R.J. 2000/6317), y de 11 de septiembre de 2000 (R.J. 2000/7932).

[20] Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de los Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas (B.O.E. n.º 148, de 21 de junio de 2001, págs. 22038-22041), en cuyo art. 16, titulado «ejercicio de la acción popular», se establece: «La Administración regional ejercitará la acción popular en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado».

es más que una consecuencia de la aplicación de otras normas estatales[21] o autonómicas[22], o de la incidencia que pueda suponer la reciente supresión de la Dirección General de la Mujer y, paralelamente, la creación del Instituto de la Mujer de Extremadura[23], cuya naturaleza jurídica de organismo autónomo, con personalidad jurídica propia, bien pudiera dejar sin sentido que la personación en juicio de la administración autonómica haya de supeditarse a la evaluación y al requerimiento de un organismo formalmente dotado de autonomía respecto a ésta.

La cuestión que necesariamente ha de abordarse en primer lugar, pues constituye un presupuesto lógico y de su respuesta, positiva o negativa, depende la operatividad del resto del art. 3 del Decreto de la Junta de Extremadura 28/2001, de 20 de febrero, es la sugerida por el propio título de éste y por el contenido de su párrafo inicial, que puede formularse de la siguiente forma: ¿puede personarse la Junta de Extremadura en un proceso penal por delito de malos tratos? o, en términos más técnicos, ¿tiene legitimación la Junta de Extremadura para personarse en un proceso penal por delito de malos tratos?

II. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR PERSONACIÓN EN JUICIO?

La cuestión primeramente planteada exige una clarificación inicial consistente en determinar qué ha de entenderse por personación en juicio, pues sólo después resultará posible analizar si ésta puede producirse en un proceso penal por delito de malos tratos.

Personación, como nos enseña la Real Academia de la Lengua Española[24], es, en una primera acepción, la «acción o efecto de personarse o comparecer en un lugar», y, en la acepción propia del lenguaje del derecho, el «acto de comparecer formalmente como parte en un juicio». Personarse, para la misma institución[25], es «comparecer como parte interesada en un juicio o pleito». Por último, para dicha Academia[26], comparecer, palabra que, como hemos visto, se utiliza para definir las voces personación y personarse, en la acepción propia del

---

[21] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 447.2.

[22] Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura, art. 47 f); Ley de la Asamblea de Extremadura 8/1985, de 26 de diciembre, de comparecencia en juicio, arts. 2.3 y 5; Decreto 46/1989, de 6 de junio, de organización y funciones del Gabinete Jurídico de Extremadura. Esta normativa puede consultarse en Manuel Beato Espejo (ed.), *Legislación básica de Extremadura*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2000.

[23] Ley de la Asamblea de Extremadura 11/2001, de 10 de octubre, de creación del Instituto de la Mujer de Extremadura (D.O.E. n.º 129, de 8 de noviembre de 2001, págs. 11133-11135, y corrección de errores en D.O.E. n.º 130, de 10 de noviembre de 2001, pág. 11175), y, más recientemente, Decreto 185/2001, de 5 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto de la Mujer de Extremadura (D.O.E. n.º 142, de 13 de diciembre de 2001, págs. 1276-1282).

[24] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo II, 21.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, pág. 1583.

[25] *Idem*, pág. 1583.

[26] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, cit., pág. 521.

derecho, es aparecer o presentase uno ante otro «mostrándose parte en algún negocio».

La voz «personación» aparece recogida en la Nueva Enciclopedia Jurídica[27], pero, sin embargo, no se ocupa de ella más que para remitir a otras voces, como «comparecencia», «comparecencia en el proceso civil», «comparecencia en el proceso penal», «comparecencia en juicio», «partes en el proceso» o «postulación procesal». Aragoneses Alonso, cuando se ocupa de estas voces[28], pone de manifiesto que, conforme a su etimología, comparecencia significa aparecer o dejarse ver, y, además, afirma que, en sentido estricto, «puede entenderse por comparecencia exclusivamente el acto de constituirse en parte o actuar como tal en el proceso», y que la comparecencia como parte en un proceso sería un derecho de ésta que deriva «de la existencia de un derecho subjetivo público a la actuación de su pretensión».

La lectura del art. 3 del Decreto 28/2001, de 20 de febrero, evidencia que se están utilizando las palabras «personación» o «personará» precisamente en el sentido que hemos visto, para referirse al acto de constitución en parte a fin de actuar como tal en los procesos penales que se incoen como consecuencia de delito de malos tratos. Precisamente por ello, en su primer párrafo, se utiliza el término «actuando». A la misma conclusión puede llegarse a la vista del párrafo segundo del precepto, pues solamente las partes actúan en un proceso con asistencia de postulación procesal, la cual, en el especial caso de la Junta de Extremadura, por imperativo de la normativa al respecto[29], se presta por su propio Gabinete Jurídico o por profesionales colegiados en ejercicio.

No obstante, llama la atención que se haya acudido a esta terminología, cuando en el proceso penal hubiera sido mucho más preciso utilizar la expresión «mostrarse parte» que es la tradicionalmente empleada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal[30], e, incluso, leyes procesales penales más recientes[31].

En cualquier caso, con independencia de la mayor o menor precisión de la terminología empleada, despejada la primera cuestión, nacen inmediatamente nuevas dudas, pues, si el precepto que nos ocupa responde a la pretensión de la Junta de Extremadura de intervenir en los procesos penales por malos tratos, actuando en los mismos como parte, resulta preciso plantearse dos nuevas cuestiones. En primer lugar, deberemos respondernos a otra pregunta: ¿cuáles son las partes en el proceso penal? En segundo lugar, la anterior pregunta, una vez resuelta, lleva irremediablemente, avanzando un paso más, a otro interrogante:

---

[27] *Nueva Enciclopedia Jurídica*, obra dirigida por Buenaventura Pellisé Prats e iniciada por Carlos-E. Mascareñas, tomo XIX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1989, pág. 642.

[28] Pedro Aragoneses Alonso, voces «comparecencia», «comparecencia en el proceso civil», «comparecencia en el proceso penal» y «comparecencia en juicio», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, *op. cit.*, tomo IV, Barcelona, 1952, págs. 472-480.

[29] *Vid. supra*, notas 21 y 22.

[30] *Vid.* los arts. 109 y 110 LECrim.

[31] Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en su art. 127.

¿qué posición o, mejor dicho, que parte, de entre las existentes, podría ocupar la Junta de Extremadura en los procesos penales por malos tratos?

III. ¿CUÁLES SON LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL?

El proceso penal presenta características propias que impiden trasladar al mismo la construcción del concepto de «parte» realizada por la doctrina a partir del Derecho procesal civil, dado que, en la rama criminal del proceso, no puede afirmarse que algún sujeto privado pueda atribuirse el derecho a castigar a otro. Por ello, excedería de nuestro planteamiento inicial cualquier intento de abordar, siquiera sea brevemente, toda la compleja teoría de las partes en el proceso penal, como paso previo obligado para señalar cuáles son éstas. Muchas y mejores plumas se han ocupado de ello por lo que en este momento basta con remitir al lector a la mejor doctrina procesal[32]. No obstante, el análisis que abordamos precisa de alguna pequeña referencia a la cuestión, necesariamente breve, que habrá de servir para responder a los interrogantes planteados.

El Estado monopoliza el derecho a castigar, el *ius puniendi*, de tal modo que solamente éste, a través de un proceso desarrollado ante los Tribunales de Justicia, puede imponer una pena al ciudadano que ha cometido un delito y que, con ello, ha ofendido a la comunidad y puesto en peligro la convivencia pacífica entre los individuos que la integran. Este monopolio es una conquista de la civilización frente a la venganza privada propia de otras épocas históricas. De esta forma, el ciudadano, aunque haya sido víctima de un delito, no tiene derecho a castigar a otro, tomándose la justicia por su mano. Por ello, el Tribunal Constitucional ha podido afirmar que «la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales»[33].

Frente al Estado, titular del *ius puniendi*, se encuentra el ciudadano al que se atribuye la comisión de un delito, quien, también como resultado de una conquista histórica, tiene a su favor el derecho a la presunción de inocencia y, llegado el caso, defiende sus derechos a la libertad, al honor y a su patrimonio, que pueden verse restringidos por la pena.

La presencia de dos intereses enfrentados, el del Estado, consistente en perseguir y castigar al autor del delito, y el del ciudadano acusado, todavía inocente, interesado en no verse privado de sus derechos, lleva, inexorablemente, a la necesidad de intervención de un tercero, el órgano jurisdiccional, el Tribunal de Jus-

---

[32] *Vid.* Julio Muerza Esparza y otros, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, págs. 133-172; José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau, *Derecho procesal penal*, Madrid, Iurgium Editores, 2000, págs. 95-120; Víctor Moreno Catena y otros, *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, V. I, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2000, págs. 373-426; Juan Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional, Proceso penal*, tomo III, 10.ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2001, págs. 58-76; Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 1997, págs. 157-203.

[33] S.T.C. 41/1997, de 10 de marzo, F.J. 4.

ticia, caracterizado, entre otras notas definitorias, por su independencia e imparcialidad, el cual ha de venir a adoptar una decisión, la imposición de la pena o la absolución, a cuya decisión se somete, de antemano, el propio Estado. En suma, «son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa y para interpretar y aplicar la Ley penal»[34].

No basta, sin embargo, con atribuir a un órgano jurisdiccional la decisión última sobre el ejercicio del derecho a castigar del Estado y con someter a éste a dicha decisión, sino que las exigencias mínimas del derecho del ciudadano a un proceso con todas las garantías imponen la necesidad de que alguien, distinto del órgano judicial que ha decidir, promueva la acción de la justicia penal, de forma tal que la propia facultad de juzgar y, en su caso, de condenar, atribuida a la jurisdicción penal, queda supeditada a la iniciativa de un tercero, ya que «no puede haber condena sin acusación»[35].

Los distintos Estados, a la hora de configurar las características de la figura que realiza la función acusadora optan, con algunos matices diferenciales[36], por atribuir dicha función a un órgano público, distinto de los órganos jurisdiccionales. De esta manera, tanto la función de juzgar como la de acusar quedan encomendadas a órganos de naturaleza pública.

En nuestro ordenamiento jurídico la función pública de acusar se encomienda al Ministerio Fiscal, que es un órgano del Estado[37], cuya actuación se rige por un conjunto de principios, entre los que destacan los de legalidad e imparcialidad[38], que le confieren una especial posición para la defensa del interés general y de la legalidad e, incluso, para la defensa de los derechos del ciudadano acusado. Esta posición especial se manifiesta, en concreto, en el art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, precepto que, entre otras funciones, le atribuye las de «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda».

Ahora bien, nuestro sistema, a diferencia de lo que sucede en otros, no atribuye el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal en régimen de monopolio, sino que, al contrario, permite que también puedan ejercitarla otros, los sujetos privados. Por ello, junto al acusador público, denominación que se puede aplicar al Ministerio Fiscal, pueden comparecer, para ejercitar la acusación en

---

[34] S.T.C. 199/1996, de 3 de diciembre, F.J. 5.

[35] *Vid*, entre otras, SS.T.C. 18/1989, de 30 de enero, F.J. 1, y 125/1993, de 19 de abril, F.J. 2.

[36] *Vid.*, para un estudio de la configuración de la acusación pública en los distintos sistemas jurídicos nacionales, Luis María Díez-Picazo, *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, y, también, Alberto Manuel López López, *El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales*, Madrid, Colex, 2001, págs. 23-103.

[37] *Vid.* Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal penal*, *op. cit.*, nota 32, pág. 163, y, también, Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, *El Ministerio Fiscal*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 1999, págs. 45-57.

[38] *Vid.*, por todos, Alberto Manuel López López, *El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales*, *op. cit.*, nota 36, págs. 103-184.

un concreto proceso, los ciudadanos privados, bien en concepto de acusador particular, de acusador privado[39] o de acusador popular.

La posición de acusador particular puede ocuparla, a través de su oportuna comparecencia en el proceso, un ciudadano privado cuando haya sido directamente afectado por el hecho delictivo, bien como ofendido o bien como perjudicado, términos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal utiliza de manera indistinta, aunque propiamente exista una distinción entre ambos, con implicaciones procesales[40]. Dicho de otro modo, la legitimación necesaria para ejercitar la acusación penal bajo la figura de la acusación o acusador particular exige, como requisito *sine quae non*, que pueda predicarse de quien pretende tal ejercicio su condición de ofendido o perjudicado por el hecho criminal objeto de enjuiciamiento.

En cambio, para desempeñar la posición de acusador popular[41] no es preciso acreditar la condición de ofendido o perjudicado por el delito, pues la acción popular le asiste *quivis ex populo*, es decir, a cualquiera del pueblo, o, lo que es lo mismo, a cualquiera de los ciudadanos, término que se utiliza en el art. 125 de la Constitución Española[42] y, también, antes que en ella, en los arts. 101, párrafo segundo, y 270, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[43].

El ejercicio de la acción penal por los ciudadanos, en cualquiera de las posiciones ya referidas[44], no supone, como ya hemos dicho, que defiendan un derecho a penar propio, pues el *ius puniendi* corresponde al Estado, y tampoco supone que tengan un derecho a que el Estado castigue o sancione penalmente. Con De la Oliva Santos puede afirmarse que «el particular no sólo no tiene derecho *a castigar o sancionar*, que sólo correspondería al Estado, sino que tampoco tiene un derecho *a que el Estado castigue o sancione penalmente*»[45]. El ciudadano únicamente tiene un *ius ut procedatur* o, lo que es lo mismo, un dere-

---

[39] No nos vamos a detener en la figura del acusador privado, posición reservada al ofendido, pues, a pesar de que la figura presenta peculiaridades muy importantes, solamente puede aparecer en un único caso, el delito de injurias y calumnias del art. 215.1 del Código Penal, por lo que ninguna incidencia tiene esta clase de acusación en la cuestión que nos ocupa. En cualquier caso, para el estudio de esta figura resultan válidas las obras generales citadas *supra* en la nota 32.

[40] *Vid.* Juan Montero Aroca y otros, *op. cit.,* nota 32, págs. 69-70, y, asimismo, Itziar Giménez Sánchez, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 45-48.

[41] *Vid.*, Julio Pérez Gil, *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998.

[42] El art. 125 C.E. establece literalmente: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

[43] La LECrim., en el art. 101, establece: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley». Por su parte, la misma Ley, en el art. 270, párrafo primero, dice: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley».

[44] Nuevamente, en atención a sus peculiaridades, con ello no nos estamos refiriendo al acusador privado aludido *supra* nota 39.

[45] Andrés de la Oliva Santos y otros, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pág. 181.

cho a la jurisdicción, en el caso del proceso penal a la jurisdicción penal[46], que le habilita para pedir al órgano de la jurisdicción penal la incoación de la correspondiente causa criminal y, en su caso, si el proceso ya está en marcha, para constituirse en el mismo como parte acusadora y para ser tenido como tal en el proceso, y, además, en buena lógica, para actuar como tal parte a todo lo largo del proceso. Ahora bien, su derecho puede agotarse con una resolución judicial motivada de inadmisión[47] o que ponga fin al proceso por entender el órgano judicial que procede el sobreseimiento de la causa[48], pues no supone un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral[49]. En definitiva, como ha dicho el Tribunal Constitucional[50], «en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado».

Las consideraciones precedentes nos permiten concluir, por ahora, que las partes en el proceso penal son el Estado, que actúa a través del Ministerio Fiscal, y el ciudadano acusado, y, en su caso, actuando con tesis acusadoras, el acusador particular y el acusador popular. Ahora bien, en este momento resulta preciso reiterar la pregunta que ya nos hemos formulado anteriormente: ¿qué posición o, mejor dicho, que parte, de entre las existentes, podría ocupar la Junta de Extremadura en los procesos penales por malos tratos?

IV. ¿QUÉ POSICIÓN PODRÍA OCUPAR LA JUNTA DE EXTREMADURA EN LOS PROCESOS PENALES POR MALOS TRATOS?

El art. 3 del Decreto 28/2001, de 20 de febrero, resulta impreciso, pues, si atendemos a su tenor literal, más allá de contener una orden imperativa («se personará»), no especifica la finalidad de la personación que, al tratarse de proceso penal, tanto pudiera ser la de acusar como la de defender, pues tanto la acusación como la defensa actúan en el proceso penal.

La personación o comparecencia en el proceso no es un fin en sí misma, sino un medio para deducir una petición ante el órgano jurisdiccional. Por ello, en su día, Alcalá-Zamora y Castillo, refiriéndose a la pretensión, calificaba de sorprendente, no de descartable, la hipótesis «de que no se concrete en una *petición*, o sea, por la quien la presente en plan de *aquí estoy porque he venido* (o, dicho de otro modo, en vena de *como soy del campo aquí me zampo*), más sin expresar ni

[46] *Vid.*, entre otras, las SS.T.C. 41/1997, de 10 de marzo, F.J. 5, 16/2001, de 29 de enero, F.J. 3, y 115/2001, de 10 de mayo, F.J. 11.

[47] S.T.C. 157/1990, de 18 de octubre, F.J. 4.

[48] *Vid.*, por ejemplo, las SS.T.C. 71/1984, de 12 de junio, 157/1990, de 18 de octubre, 31/1996, de 27 de febrero, 199/1996, de 3 de diciembre.

[49] S.T.C. 85/1997, de 22 de abril, F.J. 4.

[50] S.T.C. 157/1990, de 18 de octubre, F.J. 4.

el *por qué* ni el *para qué* de tan extraña comparecencia ante la autoridad jurisdicente»[51].

No deja de resultar extraña la indeterminación del artículo, sin que sirva de excusa la desgraciada frecuencia con que incurren en falta de precisión los responsables de las Administraciones Autonómicas cuando se trata de intervenir en un proceso penal, para quienes la personación sería una forma de tener acceso a las diligencias penales, para conocer su contenido, sin que ello suponga sostener en ellas una postura clara hasta que no exista resolución judicial[52]. Más lógico hubiera resultado que el precepto que nos ocupa se hubiera decantado por especificar la finalidad, es decir, el *para qué*, y el concepto de su intervención o actuación en el proceso, precisión que, además, resulta impuesta por las normas procesales a la hora de formalizar por escrito su pretensión de ser admitidos como parte[53]. En este sentido, resulta más precisa otra legislación autonómica sobre la materia, que expresamente se refiere al ejercicio de la acción popular[54], con lo que en dicha legislación resulta palmario que se pretende la defensa de una tesis acusatoria y, más en concreto, bajo el amparo de la acción o acusación popular.

La indeterminación obliga a acudir a los criterios generales de interpretación jurídica, recogidos en el art. 3.1 del Código civil, como el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que el Decreto ha de ser aplicado y el espíritu y finalidad del mismo, criterios todos ellos que pueden aplicarse a partir de la idea de «lucha contra la violencia de género», presente expresamente en su exposición de motivos, y que llevan a concluir que la finalidad de la personación no es otra que sostener la acusación frente a los autores de malos tratos contra las mujeres extremeñas o residentes en Extremadura. En este sentido, si lo que se pretende es la defensa de las mujeres perjudicadas por los malos tratos, a través de la personación como parte cuando ya los hechos han dado lugar a la incoación de un proceso penal, siguiendo a

---

[51] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, «Puntualizaciones relativas al concepto de parte», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 1, 1983, pág. 113.

[52] Recientemente, en *El País*, de 6 de noviembre de 2001, pág. 28, con relación al caso Baxter, que como se recordará consistió en la muerte de 11 personas tras recibir una sesión de diálisis en la que se utilizaron filtros de esta marca, informaba que la Consejería de Sanidad de la Generalitat valenciana había anunciado que se iba a personar en las diligencias judiciales abiertas por un Juzgado de Instrucción con motivo de dichos fallecimientos, y añadía en la noticia que «fuentes del departamento señalaron que la personación no implicará ejercer la acción popular, sino seguir las diligencias previas de forma más próxima» y que las mismas fuentes habían añadido que «cuando exista una resolución judicial se exigirán las responsabilidades oportunas».

[53] *Vid.* Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927 (Gaceta del 14), que dicta normas para el ejercicio de acciones penales, en cuyo art. 2, se establece que, a quienes pretendan ser admitidos como parte, no les basta con manifestar la intención de que desean ser parte, «sino que expresarán categóricamente cuál es la acción que ejercitan» y, además, en el escrito de personación, en lugar de pedir la admisión, como sucedería en la querella, habrá de pedirse la «admisión como parte acusadora en el concepto concreto que manifieste el solicitante en relación con la acción ejercitada».

[54] *Vid. supra* nota 20.

De la Oliva Santos[55] puede afirmarse, *mutatis mutandi*, «que la voluntad de constituirse en parte sería ininteligible si el perjudicado no considerara que en el proceso en marcha hay materia criminal y si no quisiera intervenir en ese proceso precisamente para acusar a la persona o personas que, en ese momento de constituirse en parte o en otro posterior, aparezcan como responsables de la *materia criminis*». En esta misma línea, la normativa procesal no concibe la personación en el proceso penal de un sujeto, distinto del acusado, que no actúe de forma acusatoria y que no mantenga tesis acusatorias concretas[56].

Llegados a este punto, una vez clarificado que estamos ante una personación para acusar, la lógica argumental nos llevaría a analizar bajo que concepto podría producirse esta comparecencia, como acusador particular o como acusador popular. Ahora bien, este modo de operar nos llevaría a ignorar una circunstancia de capital importancia, a saber: la Junta de Extremadura no es un particular.

La Junta de Extremadura es, según dice el art. 37.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, «el órgano colegiado que ejerce las funciones propias del Gobierno de la Comunidad», o, conforme al art. 1 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/1984, de 7 de junio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, es «la Institución de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura que establece los objetivos políticos generales y desarrolla las funciones administrativas y ejecutivas» o, por último, según el art. 21 de esta última Ley, cuando se constituye en Consejo de Gobierno, «es el órgano colegiado en el que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma y, bajo la dirección de su Presidente, ejerce las funciones ejecutivas y administrativas». En definitiva, la Junta de Extremadura es el órgano de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura[57].

Las Comunidades Autónomas son Estado, son parte del Estado. Por ello, el Tribunal Constitucional ha podido hablar de Estado compuesto[58], el cual estaría integrado por Estado y Comunidades Autónomas. El Estado, en nuestra Constitu-

---

[55] *Vid.* Andrés de la Oliva Santos y otros, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, nota 45, pág. 188.

[56] *Vid.* Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927, cit. *supra* nota 53, en cuyo art. 1, se establece que «los que ejerciten alguna de las acciones penales a que se refiere el título IV del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podrán desistir de tal ejercicio en cualquier momento del proceso; pero mientras actúen han de hacerlo exclusivamente en forma acusatoria y manteniendo tesis acusatorias concretas».

[57] Vid. Manuel Beato Espejo, *Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, 2.ª ed., Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura y Editora Regional de Extremadura, 1999, págs. 114 y 141 y ss., y, también, Felipe A. Jover Lorente, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, dir. por Luis López Guerra y José Eugenio Soriano García, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, págs. 783-794.

[58] SS.T.C. 1/1982, de 28 de enero, y 35/1982, de 14 de junio. *Vid.* Eliseo Aja y otros, *El Sistema Jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 1985, págs. 55-59, y, también, Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, 10.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, págs. 209-211.

ción, está concebido «como una institución compleja, del que forman parte las Comunidades Autónomas»[59].

La personación en un proceso penal, con finalidad de acusar, de la Junta de Extremadura, no siendo ésta más que órgano de la Comunidad del mismo nombre y, por ello, parte del Estado, cuando el proceso ya se ha incoado, que es el momento fijado por el propio Decreto 28/2001, de 20 de febrero, llevaría a una situación de duplicidad indeseable. En efecto, la incoación de un proceso penal supone, por imperativo de los arts. 306, 308 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la presencia en la causa del Ministerio Fiscal, el cual tendrá de ejercitar la acusación, si procede, conforme a lo ya dicho anteriormente cuando nos hemos referido a esta institución estatal. Por ello, la personación de la Junta, cuando ya el Ministerio Fiscal está presente en el proceso incoado, tendría como efecto inmediato la presencia simultánea de dos órganos del Estado, Ministerio Fiscal y Junta de Extremadura, en el mismo proceso penal.

La duplicidad de órganos estatales para cumplir una misma función, en este caso la actuación en un proceso penal, es, en sí misma y en cuando duplicidad, contraria a principios básicos del funcionamiento de las instituciones, como el de economía de gasto[60], y poco o nada aportaría en cuanto a conseguir una mayor eficacia, pues al regirse ambos por el principio de legalidad[61] y defender ambos los intereses generales[62], su actuación no debería ser distinta en la práctica, en cuanto a tesis defendidas y peticiones dirigidas al Tribunal.

Además, la duplicidad de personaciones en defensa de un mismo interés, en este caso el interés general, y, además, sosteniendo las mismas tesis, aparece prevista en el art. 113 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo amparo el Tribunal puede imponer a ambas personas que actúen «bajo una misma defensa y representación». Este precepto legal y la decisión judicial a que puede conducir han recibido recientemente el respaldo del Tribunal Constitucional[63], y con él se ha dicho[64] que se trata de «mitigar el peligro de que el principio de "igualdad de armas" y el derecho a un proceso equitativo queden desvirtuados».

Por otra parte, la naturaleza pública de ambos órganos estatales, Ministerio Fiscal y Junta de Extremadura, y la duplicidad de actuación para cumplir la misma función, que es, en sí misma, contraria a los principios de eficacia y eco-

---

[59] *Vid.* S.T.C. 12/1985, de 30 de enero, F.J. 3, y Voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la S.T.C. 129/2001, de 4 de junio.

[60] *Vid.* Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo, op. cit.*, nota 58, págs. 166.

[61] El Ministerio Fiscal se rige, entre otros, por el principio de legalidad *ex* art.124.1 de la Constitución Española y art. 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. La Junta de Extremadura, en cuanto Administración Pública, también se rige en su actuación por el principio de legalidad *ex* art. 103.1 de la Constitución Española.

[62] *Vid.* arts. 103.1 y 124.1 de la Constitución Española.

[63] S.T.C. 154/1997, de 6 de octubre.

[64] *Enjuiciamiento Criminal, Ley y legislación complementaria, Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid, Editorial Trivium, 1998, pág. 629.

nomía, obligan a acudir a otros principios básicos en la actuación del Estado. En efecto, la indeseable duplicidad ante la que nos enfrentamos ha de resolverse acudiendo al principio de legalidad y a su manifestación técnica, la atribución de potestades, conforme al cual «toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido», de forma tal que «sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente»[65]. A la luz de estos principios, examinada la legislación vigente, resulta evidente que la Junta de Extremadura no tiene legalmente atribuida por ninguna Ley la potestad necesaria para actuar en defensa de los intereses generales en un proceso penal y, en cambio, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico si existe un órgano que tiene atribuidas por Ley esta potestad y que ha sido creado expresamente para asumirla, a saber: el Ministerio Fiscal.

Al mismo resultado conduce el principio de competencia, básico en la articulación del Estado de las Autonomías, y, por tanto, en la actuación de la Junta de Extremadura, pues a ésta no le viene atribuida la competencia para actuar en un proceso penal, ni como acusación, ni como defensa, en ninguno de los preceptos de su Estatuto de Autonomía[66].

Por último, resulta preciso recordar que la intervención de la Administración Pública en el proceso penal ha sido vista con desconfianza por la mejor doctrina[67], pues la personación y actuación por ésta en él puede convertirse en una vía de utilización torcida del proceso penal con fines distintos a los legalmente previstos. En efecto, personarse como acusación en procesos penales ya incoados para castigar a quien aparece como presunto autor de un delito con gran incidencia en la opinión publica, en los medios de comunicación y, en consecuencia, en el electorado, como es el caso de los malos tratos, presenta en una posición muy favorable a quien, en el sentido etimológico del termino comparecer, aparece o se deja ver. Esta posición no es otra que la de paladín de la justicia, en cuanto se deja ver como defensor de la parte más débil, la mujer víctima del delito, y como perseguidor del culpable, el hombre frente al que ya se ha incoado un proceso penal por pesar sobre él indicios o sospechas que ante los ojos de la opinión pública suponen una condena anticipada.

Pondremos un ejemplo para ilustrar lo que queremos decir. En el mes de noviembre de 2001 tuvo lugar en Badajoz un juicio ante un Jurado en el que se enjuiciaba un asesinato cometido por un hombre que apuñaló a su esposa. Este juicio, como no podía ser de otro modo, fue seguido por la prensa regional a lo largo de los varios días durante los que se prolongaron sus sesiones. En el

---

[65] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 1998, págs. 433 y ss.

[66] *Vid.*, aunque referido a Cataluña pero con argumentos perfectamente aplicables a todas las Comunidades Autónomas, Carmen Capdevilla, «La Generalitat de Cataluña como acusación particular», en *Cuadernos Jurídicos*, n.º 17, 1994, págs. 19-20.

[67] *Vid.* Julio Pérez Gil, *La acusación popular*, *op. cit.*, nota 41, págs. 418-431.

proceso se había personado como acusación popular la Junta de Extremadura, que defendía las mismas tesis acusadoras que el Ministerio Fiscal. El primer día de las sesiones, como puso de manifiesto la prensa, «al juicio acudió la Directora de la Mujer», pues, se decía en la noticia, «la Junta ejerce la acusación popular» y lo hacía «acompañando a la madre de la víctima», la cual también estaba personada en el juicio, ya que también se hacía referencia en la crónica periodística a la acusación particular. Enmarcada en la noticia aparece una fotografía, en cuyo pie puede leerse: «la directora general de la Mujer, con la madre de la víctima»[68].

Por todo ello, la Junta de Extremadura no puede ocupar ninguna posición en los proceso penales por malos tratos y no resulta admisible la personación de ésta en los mismos, debiendo rechazar el Juzgado de Instrucción los intentos de comparecencia que puedan producirse, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Fiscal, desde su posición de defensa de la legalidad e imparcialidad, y, en su caso, de otras acusaciones.

A mayor abundamiento, por si quedara alguna duda, no resulta superflua una referencia, necesariamente breve, a la posibilidad de considerar a la Junta de Extremadura como acusador particular o popular en los procesos por malos tratos.

V. ¿PODRÍA OCUPAR LA JUNTA DE EXTREMADURA LA POSICIÓN DE ACUSADOR PARTICULAR O POPULAR EN LOS PROCESOS PENALES POR MALOS TRATOS?

La condición de acusador particular, conforme a lo ya dicho, solamente puede predicarse del «ofendido» o «perjudicado» por un delito, o, más concretamente, por el hecho delictivo que motiva el proceso penal en el que se pretende ejercitar la acusación al amparo de esta figura. Ahora bien, ¿puede considerarse a la Junta de Extremadura «ofendida» o «perjudicada» por un delito de malos tratos? La respuesta, creemos, ha de ser negativa.

Los sujetos pasivos del delito de malos tratos del art. 153 del Código Penal, como corresponde a un tipo delictivo que penaliza las agresiones que causan lesiones físicas y morales, solamente pueden ser personas físicas, exigiéndose, además, las relaciones personales entre agresores y víctimas que en el precepto se indican[69]. La Junta de Extremadura no es una persona física, sino un órgano del Estado, con funciones ejecutivas y administrativas dentro del territorio de una Comunidad Autónoma, según lo ya dicho, por lo que no puede ser ofendida por el delito que nos ocupa.

La condición de «perjudicado», aunque pudiera diferenciarse de la de «ofendido»[70], también se predica de las personas físicas, como los familiares de las víc-

---

[68] *Vid. El Periódico Extremadura*, de 14 de noviembre de 2001, pág. 24.

[69] *Vid.* Emilio Cortés Bechiarelli, *El delito de malos tratos familiares*, *op. cit.*, nota 12, págs. 97-103.

[70] *Vid. supra* nota 40.

timas directas del crimen, de los malos tratos, al ser éste el delito que nos ocupa, por lo que, por las mismas razones ya expuestas, básicamente por su condición de persona jurídico-pública, no puede considerarse a la Junta de Extremadura como tal a los efectos de franquearle las puertas del proceso penal por malos tratos.

La acusación popular, en principio menos exigente en cuanto a requisitos de legitimidad que la acusación particular, aparece constitucional y legalmente reservada a los ciudadanos[71]. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional, a fin de cohonestar el art. 125 de la Constitución Española, referido a la acusación popular, con el art. 22 de la Norma Fundamental, que reconoce el Derecho de Asociación, había extendido el concepto de «ciudadano» a las personas jurídicas[72], permitiendo a éstas el ejercicio de la acción penal, como acusación popular. Esta ampliación conceptual podría justificar ciertas dudas en el caso que nos ocupa y que la actuación de las Comunidades Autónomas en los casos de malos tratos haya tratado de ampararse bajo la protección de la figura de la acusación popular[73].

No obstante, la cuestión ha venido a ser resuelta recientemente por el Tribunal Constitucional, que ha establecido una doctrina contraria al ejercicio de la acción popular por la Administraciones Autonómicas, la cual, sin duda, se impondrá en el futuro, dada la conocida eficacia que sus resoluciones tienen respecto a los tribunales ordinarios[74].

La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, 128/2001, de 4 de junio (B.O.E. núm. 158, Suplemento, de 3 de julio de 2001), en un caso en el que se discutía si el Gobierno Vasco tenía legitimación para ser parte en un proceso penal como acusador popular, ha establecido, en su Fundamento Jurídico 4, lo siguiente:

> «Es claro, en todo caso, que, dados los términos del art. 125 C.E., no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a «los ciudadanos», que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SS.T.C. 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, mas concretamente, a los órganos de poder de la comunidad política».

Esta Sentencia, cuyos razonamientos son aplicables a la Junta de Extremadura, pone punto y final a la cuestión, cerrando el paso a cualquier intento de perso-

---

[71] *Vid. supra* notas 42 y 43.

[72] SS.T.C. 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril. *Vid.* Julio Pérez Gil, *La acusación popular, op. cit.*, nota 41, págs. 405-418.

[73] *Vid. supra* notas 16 y 20.

[74] *Vid.*, por todos, Jesús María Santos Vijande, «"Doctrina" y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1995, págs. 181-258.

nación de ésta en procesos penales por malos tratos para ejercitar la acción penal, mediante el ejercicio de la acción popular.

VI. CONCLUSIÓN

La violencia doméstica y, en particular, la violencia contra la mujer es un problema enquistado en nuestra sociedad, al que, en los últimos años, el conjunto de la ciudadanía y, respondiendo a la expectación de ésta, los medios de comunicación, han prestado especial atención, extendiéndose un perceptible clamor popular en contra de los maltratadores y a favor de sus víctimas.

Las instituciones, respondiendo a la demanda popular, han introducido en nuestro ordenamiento jurídico medidas legales con las que combatir el problema, insistiéndose desde el legislador en medidas represivas, penales, y de protección a las víctimas.

La Junta de Extremadura también ha aportado, como medida de lucha frente a este tipo de violencia, la «personación en juicio» para ejercitar la acusación contra los autores de malos tratos, introduciendo la misma en un Decreto autonómico.

Sin embargo, la existencia de un órgano del Estado al que expresamente le viene legalmente atribuida la potestad de actuar en el proceso penal, acusando cuando lo estime ajustado a la ley, la falta de atribución a la Junta de Extremadura de potestad y de competencia en esta materia y su propia condición de Administración Pública, conducen a considerar inadmisible, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, cualquier intento de personación de la Administración Autonómica para acusar en los procesos por malos tratos.

También se hace camino cuando se confunde éste, pues, una vez advertido el error, se está en situación de desandar lo mal andado y retomar la senda correcta, lo que solamente podrá hacerse si el norte no es solamente el *dejarse ver*. Olvídese este norte, injusto e inmerecido, tanto por la víctima, a la que no hay que agravar su sufrimiento con una utilización de su dolor para fines torcidos, como por el acusado, inocente hasta que una sentencia establezca su culpabilidad y, acaso, también él, producto de una sociedad que en lugar de atacar el origen de los males, como el patriarcado, la discriminación socio-laboral de la mujer o la lentitud en los procesos matrimoniales, buscar calmar su mala conciencia con el castigo, con la cárcel.