

EGUZKILORE

Número 13.  
San Sebastián  
Diciembre 1999  
67 - 84

# LA VICTIMOLOGÍA INFANTIL: NIÑOS VÍCTIMAS DE AGRESIÓN SEXUAL Y SISTEMA JUDICIAL

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado  
San Sebastián*

**Resumen:** Se realiza un análisis del fenómeno de la victimización sexual de menores, a través de las referencias normativas existentes en el seno de la legislación penal, sustantiva y procesal. Así, se estudia la reforma operada en el Código penal de 1995 por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; así como las modificaciones de la legislación procesal, en especial por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.

**Laburpena:** Adingabetuen biktimizazio sexualaren analisia egiten da. Gai horri buruz dagoen araupide penal, sustantibo eta prozesalen bitartez. 1999-ko apirilaren 30-eko lege organikoak eta bereziki 1999-ko ekainaren 9-ko Lege organikoak, Kode penalaren gain eragin dituzten aldagetak azaltzen dira.

**Résumé:** On mène un analyse du phénomène de la victimization sexuelle des mineurs, avec l'aide des références normatives qui existent dans la législation pénale, substantive et de la procédure. Ainsi, on étudie la réforme du Code pénal de 1995, par Loi Organique 11/1999, du 30 d'avril; ainsi que les modifications de la législation de la procédure, par Loi Organique 14/1999, du 9 de juin.

**Summary:** An analysis about the phenomenon of minors' sexual victimisation is made through the normative references in penal, substantive and procedural Law. In that way, the 1995 Penal Code's Modifications introduced as a result of the Organic Law 11/1999, the 30<sup>th</sup> of April, as well as the modifications of the procedural Law established after the Organic Law 14/1999, the 9<sup>th</sup> of June, are studied.

**Palabras clave:** Victimología, victimización sexual, menores víctimas, legislación penal, legislación procesal.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Biktimologia, biktimizazio sexuala, kaltetu adingabeak, legegide penala, legegide prozesala.

**Mots clef:** Victimologie, victimization sexuelle, mineurs victimes, législation pénale, législation de la procédure.

**Key words:** Victimology, sexual victimisation, minors victims, penal Law, procedural Law.

## SUMARIO

- I. La victimización sexual. El papel judicial.
- II. La legislación sustantiva. En especial, las modificaciones operadas en el Código Penal 1995 por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.
  - II.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido: en especial, los menores de edad.
  - II.2. La agresión sexual.
  - II.3. El abuso sexual.
- III. La legislación procesal. En especial, las modificaciones operadas en la ley de enjuiciamiento criminal por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.
  - III.1. Investigación judicial.
  - III.2. Enjuiciamiento judicial.
  - III.3. La sentencia:
    - III.3.1. El denominado juicio histórico: la función de las víctimas.
    - III.3.2. La sanción: la debida protección a las víctimas.
  - III.4. Ejecución de la sentencia.

## I. LA VICTIMIZACIÓN SEXUAL. EL PAPEL JUDICIAL

Los planteamientos actuales de la Victimología<sup>1</sup> aportan nuevas pautas de reflexión sobre el papel de las víctimas en el seno del Derecho Penal, Procesal y Penitenciario<sup>2</sup>. Se promueve un replanteamiento del fenómeno de abstracción del concepto de injusto típico, como lesión de un bien jurídico protegido por el Estado, para introducir una nueva perspectiva: el delito como acto humano que causa daños a una constelación de personas<sup>3</sup>. De ahí que las modernas tendencias victimológicas se centren en promocionar soluciones prácticas y efectivas a las necesidades de las víctimas centradas, sustancialmente, en una asistencia post-victimial inmediata e interdisciplinar; la defensa de sus derechos en el proceso y la reparación del daño acudiendo, incluso, a mecanismos conciliatorios con el victimario.

En concreto, las exigencias derivadas de la defensa de los derechos de las víctimas en el proceso van anudadas a una nueva filosofía del modelo procesal. Frente al pro-

1. Ha existido un tránsito de la Victimología del acto, ceñida al examen de la influencia de las víctimas en la génesis del hecho criminal, a la Victimología de la acción, centrada en el examen de las necesidades y derechos de las víctimas. Para observar esta evolución, PETERS Tony, "Consideraciones teóricas sobre la Victimología", en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 2, 1988, pp. 111 a 118.

2. Enrique RUIZ VADILLO, en numerosos artículos, ha puesto de manifiesto la necesidad de una contemplación unitaria del Derecho sustantivo, procesal penal y penitenciario. Por todos, "Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*. Año L, Nº 1767., Madrid, Febrero 1996, p. 6. Esta concepción unitaria no impide la presencia de principios político-criminales de signo distinto en la fase declarativa y ejecutiva del proceso penal. Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Política Criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal" en *La Ley* Número 4851, 10 de julio de 1998, pp. 1 a 3. También, MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La Judicialización Penitenciaria. Un proceso inconcluso", en *Revista mexicana de prevención y readaptación social*, nueva época, nº 1, México, enero-abril 1998, pág 57.

3. ESER Albin, "Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima", traducido por Manuel Cancio Melia, *Cuadernos de Conferencias y Artículos* nº 18, Universidad Externado de Colombia, 1998, 43 pp.

ceso como lugar de controversia entre el Estado, como monopolizador de la fuerza legítima y legal, y el victimario<sup>4</sup>, persona a quien se atribuye la comisión del hecho criminal, se promueve un proceso como lugar de encuentro de las víctimas, el victimario y el Estado<sup>5</sup>. En este nuevo modelo procesal, la figura del juez sufre una transformación sustancial. Frente al papel decisor, propio del proceso concebido como instrumento de realización del *ius puniendi* estatal, emerge el papel conciliador en aras a modular un proceso en el que el victimario y la víctima promueven, en pie de igualdad, sus derechos, en aras a lograr la reparación del daño producido por el ilícito penal<sup>6</sup>. En definitiva, debe propugnarse un proceso penal que deje de ser concebido como ámbito de realización del Derecho Penal del Estado, para configurarse como un instrumento de tutela de los valores superiores de la Constitución mediante la elaboración de un sistema de garantías vertebrado en torno al artículo 24 CE, que afecte no sólo al imputado sino también a las víctimas<sup>7</sup>.

Estas consideraciones victimológicas alcanzan notable importancia en el seno de los delitos sexuales, cuando las víctimas son personas menores de edad y su victimización se produce en el seno de la familia. En estos casos, los referentes educativos de los menores se convierten en instrumentos agresivos, planteando a los operadores jurídicos, de nivel legislativo y jurisdiccional, retos de primera magnitud a la hora de conferir adecuada respuesta a cuestiones como las siguientes: comportamientos lesivos que deben merecer el calificativo de delito; fórmulas de intervención institucional ante hechos que, en principio, contienen los caracteres reseñados por el legislador para su conceptualización como delito; medidas de protección específica de los menores, tanto en relación a su situación vital como en referencia a su intervención en el proceso judicial; intervención de los menores a lo largo del proceso, en especial, en la fase de juicio, y asunción, por el órgano judicial, del papel de garante de los derechos de las víctimas y el victimario; selección e imposición judicial de sanciones al victimario, que desempeñen un papel reparador del daño causado a las víctimas; implantación de fórmulas de ejecución que persigan la debida protección a las víctimas.

Desde esta perspectiva vamos a realizar, en el presente trabajo, un análisis del fenómeno de victimización sexual de menores a través del estudio, necesariamente básico, de las referencias normativas existentes en el seno de la legislación penal, sustantiva y procesal.

---

4. Filosofía a la que responde la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya Exposición de Motivos puede leerse que “en materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse”.

5. Sobre los diversos modelos, BERISTAIN, Antonio, “La construcción criminológica de la realidad jurídico penal” en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 8, 1994, pp. 105-114; sobre la conceptualización del proceso como instrumento de racionalización del ejercicio del poder y medio de distribución de recursos entre las personas que participan en él, GUARNIERI, Carlo/ PEDERZOLI, Patrizia, *Los jueces y la política (Poder Judicial y Democracia)*, traducido por Miguel Angel Ruiz de Azúa, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 104.

6. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. “La entrada en el proceso de la víctima” en *La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, 1993, p. 61.

7. SOLE RIERA, Jaume. *La Tutela de la víctima en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pp. 9 a 19.

## II. LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA. EN ESPECIAL LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL CÓDIGO PENAL 1995 POR LA LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL

### II.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido: en especial, los menores de edad

La doctrina penalista, de forma mayoritaria, entiende que la regulación penal de los delitos contenidos en el Título VIII del Libro II del Código penal trata de tutelar la libertad sexual de las personas. Desde el punto de vista conceptual, la libertad sexual no equivale a la facultad subjetiva de ejercer la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual, sino el interés en garantizar que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. En definitiva, se tutela el derecho a no verse involucrado, por activa o pasiva, en un contexto sexual si no es en condiciones de libertad<sup>8</sup>. De ahí que se penen: conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad (se actúa contra la voluntad de la víctima empleando violencia); con su voluntad viciada (intimidación, prevalimiento, engaño, situación de necesidad, abuso de trastorno mental); sin dar oportunidad a la víctima de manifestar su voluntad (acciones sorpresivas, víctimas privadas de sentido) o sobre personas que no tienen capacidad para consentir (bien porque no tienen capacidad natural de obrar, o porque teniéndola, su consentimiento es inválido por no estar en condiciones de captar el significado y trascendencia de la decisión en el ámbito sexual).

En aquellos casos en los que las víctimas son menores de edad, no se respeta la libertad de decisión, entendida como respeto por el asentimiento voluntativo o moral al acto sexual, sino el respeto al derecho a dicha sexualidad en condiciones de libertad. De ahí que sea preciso deslindar cuándo concurren los presupuestos que permiten afirmar que la sexualidad del menor se ejerce en condiciones de libertad. La línea matriz es proscibir toda instrumentalización del menor al servicio de las necesidades sexuales del adulto. Ello es fácilmente atisbable cuando la implicación del menor en un contexto sexual se realiza acudiendo a la violencia, intimidación, engaño o precio, pero resulta de especial dificultad en los supuestos específicos de abuso de superioridad. En concreto, desde el punto de vista criminológico se ha puesto el acento en las relaciones sexuales en supuestos específicos de asimetría de edad entre los protagonistas de la relación sexual. Se estima que el distinto nivel de desarrollo de la esfera cognitiva, emocional y afectiva del adulto y el menor impide una interacción sexual presidida por la libertad. Concretamente LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>9</sup> llega a afirmar que “la asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual

---

8. Desde una vertiente no jurídica, Gilles LIPOVETSKY sostiene que en la nueva era democrática las relaciones entre los sexos están cada vez menos regidas por la tradición o la fuerza y cada vez más por la lógica expansiva de los derechos individuales a la autonomía y a la dignidad; *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Ed., traducción de Juana Bignozzi, Ed. Anagrama, 4<sup>o</sup> ed. Barcelona, 1998, p. 65.

9. En el libro *Prevención de los abusos sexuales de menores y educación sexual*, Salamanca, 1995, pp. 16 y 17. En el mismo sentido, GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago, afirman que la asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. Ver libro *Principios de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 595.

común, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes. Esta asimetría supone en sí mismo un poder que vicia toda posibilidad de regulación igualitaria”. Así, desde la vertiente de la Psicología, se conceptúan como abusivos los contactos sexuales: –entre menores de doce o menos años y mayores de edad; entre persona de doce o menos años y un adolescente menor de dieciocho años, siempre que la diferencia de edad sea de cinco o más años–; entre joven entre trece y dieciséis años y una persona diez años mayor que él. Asumiendo tales postulados teóricos, el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación del título VIII del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre<sup>10</sup>, contemplaba como específico supuesto de abuso sexual las relaciones sexuales con menores de 13 años y las relaciones sexuales con menores entre 13 y 15 años si el sujeto activo era mayor de 18 años. Sin embargo, esta proyectada modificación no vio la luz, dado que el proyecto referido derivó, tras el debate parlamentario, en la Ley Orgánica 11/1999<sup>11</sup>, en la que se contemplan como abuso sexual, entre otras, las siguientes conductas no violentas o intimidatorias: las relaciones sexuales consentidas con menores de 13 años<sup>12</sup>; las relaciones sexuales consentidas con menores entre 13 y 15 años, siempre que el consentimiento se obtenga mediante engaño; las relaciones sexuales consentidas con menores entre 13 y 17 años, cuando el consentimiento se obtenga “prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Como ha señalado GARCÍA ALBERO<sup>13</sup>, la asimetría de edad entre los protagonistas de la relación sexual no supone *per se* la presencia del abuso; es preciso un *aliud*: que el sujeto se prevalga de la experiencia, ascendencia, capacidad de convicción que puede procurar la mayoría de edad. En los supuestos, de gran importancia victimológica, en los que la relación sexual tiene lugar en el ámbito familiar, se agrava la responsabilidad del victimario cuando la relación sexual punible<sup>14</sup> tenga lugar prevaliéndose el victimario de la relación de parentesco, en línea recta o colateral hasta el segundo grado, con la víctima (artículo 181.4 en relación con el 180.4, ambos del Código penal).

---

10. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 89-1, de 17 de octubre de 1997.

11. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 104, de 1 de mayo de 1999.

12. A su vez el mismo artículo 181, en su apartado cuarto, agrava la pena cuando el abuso sexual tenga lugar con menor de trece años. Ello produce efectos jurídicos claramente contrarios al apotegma “*ne bis in idem*”, dado que la edad de la víctima –menor de 13 años– se tiene en cuenta, en un primer momento, para privar de validez a su consentimiento y ubicar en el campo del abuso punible a la relación sexual, y, en un segundo momento, para agravar la responsabilidad del victimario precisamente porque la edad de la víctima es inferior a 13 años.

13. Trabajo titulado “*El nuevo delito de corrupción de menores*”, presentado en el curso “*Delitos contra la libertad sexual*”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y celebrado, en Madrid, los días 20 a 22 de octubre de 1999.

14. Vuelven a plantearse problemas de “*bis in idem*”, en los supuestos de abuso sexual de prevalimiento con menor entre 13 y 17 años, en los que el parentesco precisamente ha sido la situación de superioridad de la que el victimario se ha prevalido para obtener la implicación consentida –con consentimiento viciado– de la víctima.

## II.2. La agresión sexual

El victimario involucra a la víctima en un contexto sexual acudiendo a la violencia o la intimidación. El empleo de la fuerza física o de la amenaza de un mal por el victimario como medio de obtención de un contacto físico con la víctima, en una zona corporal sexualmente significativa, es el elemento típico vertebral. Desde el punto de vista criminológico se ha llegado a afirmar que precisamente la violencia es un medio que confiere al victimario el reconocimiento de su propia existencia. No se persigue, se dice, satisfacción sexual, sino el ejercicio del poder o dominio sobre otra persona<sup>15</sup>. Por ello, se afirma, el centro neurálgico de la agresión sexual se ubica en la violencia, jugando la sexualidad un papel instrumental, simbólico y en ocasiones marginal<sup>16</sup>. En la determinación de la idoneidad de la intimidación para incidir en la esfera sexual ajena deben combinarse criterios de actuación generales con las especiales características de la persona destinataria de la intimidación. De ahí que, la minoría de edad pueda ser un elemento de especial importancia a la hora de valorar la aptitud de la conducta del victimario para crear una situación intimidante que doblegue la voluntad de las víctimas<sup>17</sup>. En todo caso, el legislador no se ha mostrado ajeno a determinadas características de las víctimas a la hora de valorar el injusto de la conducta. Así, agrava la pena cuando la víctima es especialmente vulnerable<sup>18</sup> en atención a su edad, enfermedad o situación y, en todo caso cuando sea menor de trece años. Estima el legislador que en estos casos la víctima, en razón a sus circunstancias personales –edad, enfermedad– o al contexto en el que se desenvuelve –situación– dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual<sup>19</sup>. También se agrava la conducta cuando la agresión tiene lugar en contextos en los que el victimario se prevale de una relación de superioridad o parentesco (art. 180.4). En todo caso, en los supuestos de agresiones sexuales en el ámbito del hogar familiar, si el victimario se ha prevalido de una relación de parentesco que le confiera un nivel de influencia sobre el menor (por ejemplo, padres-hijos), deberá aplicarse únicamente la agravante prevista en el número cuarto del artículo 180, sin que sea posible aplicar, también, la agravante diseñada en el número tres del mismo artículo basándose en la vulnerabilidad de la

---

15. TODOROV, Txevetan, *La vida en común*, traducido por Hector Subirats, Madrid, Ed. Taurus, 1995, pp. 138-139.

16. De ahí que el victimario escoja, principalmente, víctimas inermes, en situaciones de aislamiento y ausencia de vigilancia, antes que víctimas especialmente atractivas o sociables, vestidas de una determinada forma o de apariencia más desinhibida. Ver, HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Editor. Edersa, Madrid, 1999, pag. 346.

17. Así STS de 28 de mayo de 1998; ponente Sr. Bacigalupo Zapater; ref. *Actualidad penal* 1998, nº 544. En todo caso, tal y como se refleja en esta sentencia, la apreciación de la minoría de edad de la víctima como determinante para calibrar la idoneidad de la intimidación puede plantear problemas de compatibilidad con la aplicación de la agravante diseñada, precisamente, en torno a la vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad.

18. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española otorga la cualidad de vulnerable a la persona que puede ser herida o recibir lesión física o moralmente.

19. En la STS, de 12 de abril de 1999; ponente Sr. Puerta, Luis; *Actualidad Penal* 455/99, circunstancias como la corta edad de la víctima (trece años de edad); la diferencia de edad con el acusador; el encontrarse alojada temporalmente en la casa del acusado; el haber sido confiada la víctima, por sus padres, al cuidado del hijo del condenado, construyen la situación de vulnerabilidad victimal.

víctima por razón de su situación familiar. Ello supondría valorar dos veces, en perjuicio del reo, la misma circunstancia. Sí cabría, en cambio, aplicar ambas agravantes cuando, amén de una prevalencia de la relación de parentesco, exista una vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad o de la edad. En estos casos, no podría concluirse que ha sido valorada dos veces la misma circunstancia.

### II.3. El abuso sexual

El legislador define el abuso sexual como la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin consentimiento de la víctima, aunque no se haya empleado violencia o intimidación. De manera específica, se estiman no consentidos los actos sexuales con menores de trece años (artículo 181.2). Por lo tanto, puede afirmarse que el legislador estima que en las relaciones sexuales con menores de trece años no se dan los presupuestos precisos para afirmar que se realizan en condiciones de libertad, razón por la cual priva de validez al consentimiento que haya podido conferir la víctima. En todo caso, la aceptación del contacto sexual por parte del menor de trece años sí puede tener relevancia para la aplicación del tipo agravado contenido en el artículo 180.3. Así, sería contrario al principio *ne bis in idem* que existiendo consentimiento del menor de trece años a la realización del acto sexual, por una parte se estimara presente un abuso sexual por carecer de validez el consentimiento, al provenir de un menor de trece años, y por otra parte se agravara el citado abuso sexual precisamente por ser la víctima menor de trece años<sup>20</sup>. Distinto sería, sin duda, el supuesto de falta de consentimiento del menor. En este caso, la no aceptación por el menor de trece años del acto sexual protagonizado por el victimario dota de contenido típico al abuso sexual y la condición de menor de trece años de la víctima agrava la conducta del victimario<sup>21</sup>.

También pueden existir abusos sexuales en tramos de edad superiores a los trece años aunque haya existido consentimiento del menor víctima. Ello acontece cuando el victimario ha obtenido el consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (artículo 181.3) o mediante engaño siempre que, en este último caso, la persona sea mayor de trece años y menor de dieciséis (artículo 183.1).

En la constelación de comportamientos tipificados como delitos de agresión o abuso sexual, únicamente nos hemos centrado en la realización de conductas activas por parte del victimario. Sin embargo, *en contextos familiares y con víctimas menores de edad adquiere especial importancia victimológica el papel del progenitor*

---

20. Defiende la tesis contraria CASTELLO NICAS, Nuria, al afirmar que con la vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad, el legislador no sólo tiene en cuenta la capacidad de la víctima para defenderse frente al ataque del victimario sino, también, la mayor entidad del daño psíquico que sufre un menor cuando se ve involucrado en una acción de contenido sexual. Ello enlaza, a juicio de la autora, con la idea de la indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico protegido en los supuestos de ataques a la esfera sexual de menores. Así, "La agravante, víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, del delito de abuso sexual de los arts. 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio *non bis in idem*", *Actualidad Penal*, nº 37, 11 al 17 de octubre de 1999; pp. 717-726.

21. Así LAMARCA PEREZ, Carmen, "La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal", *Revista Jueces para la Democracia* nº 27, noviembre 1996, pp. 50-61.

*omisivo*. Es decir, el papel del padre o la madre que, conociendo que el otro progenitor agrede o abusa sexualmente de sus hijos, mantiene silencio, favoreciendo con ello la permanencia e incluso extensión de la victimación a otros hijos<sup>22</sup>. Se discute si, en estos casos, pueden imputarse las injerencias ilícitas en la libertad sexual de los menores al progenitor omisivo a título de comisión por omisión, teniendo en cuenta la obligación específica de protección de los menores impuesta a los padres por normas de carácter internacional<sup>23</sup> y nacional<sup>24</sup>. El Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 18 de diciembre de 1996 y 12 de enero de 1998, ha admitido este tipo de imputación acudiendo al sustrato normativo ofrecido por el artículo 11 del Código Penal<sup>25</sup>. En la segunda de las sentencias reseñadas se afirma, en el relato de hechos probados, que la madre, conocedora de los abusos sexuales cometidos por su marido en la persona de su hija de 14 años de edad, no lleva a cabo actuación alguna a pesar de la solicitud de ayuda de la hija. Se sostiene, para fundar la condena de la madre, que estaba impuesta y era conocedora de su deber de actuar, de que podía hacerlo y de las circunstancias que fundamentan su posición de garante, habiendo sido la propia hija la que solicitó su ayuda para que el padre no continuase con los ataques a su libertad sexual, y si bien es cierto que no se puede asegurar que se hubiera evitado el resultado de haber actuado la madre como le exigía su posición de garante, lo que no cabe duda es que si hubiera podido dificultar que el mismo se produjere, lo que permite afirmar la causalidad hipotética suficiente para afirmar presente la imputación objetiva del resultado. Algún sector de la doctrina ha criticado estas sentencias del Tribunal Supremo afirmando que, aun existiendo posición de garante, no existe equivalencia con la causación del resultado, puesto que, al no haber colaborado en la agresión, con su omisión no provocó el peligro para el bien jurídico, ni lo incrementó, limitándose a dejar que los hechos transcurrieran por sí mismos, por lo que la responsabilidad penal de la madre se agotaría en un delito de omisión pura del artículo 195 CP. Sin embargo, sin perjuicio del examen de las circunstancias concretas que rodean al silencio del progenitor y que pueden tener influencia en el campo de la culpabilidad, recayendo sobre el progenitor omitente el deber jurídico de protección de los hijos, la falta de intervención, por sí mismo o acudiendo a los vías institucionales –a través de la denuncia–, incrementa el riesgo de lesión del bien jurídico protegido, libertad sexual de los hijos, en una esfera, como la protección de los hijos en el ámbito familiar, sujeta a su control funcional, lo que permite equiparar la no evitación del resultado con su causación activa.

---

22. Como de forma significativa afirma NEUMAN, Elías, el abuso físico y psicológico al menor en el contexto familiar tiene un ominoso denominador común: la irremediable cuota de alevosía por el estado de indefensión de la víctima. En su libro *VICTIMOLOGÍA. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2ª ed., 1994, p. 84.

23. Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989; Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada en Resolución A 3-0172/92.

24. Artículo 39 CE; 154 a 180 del Código Civil y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

25. Establece el citado artículo que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.

### III. LA LEGISLACIÓN PROCESAL. EN ESPECIAL, LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO.

#### III.1. Investigación judicial

El contenido normativo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica a la instrucción judicial supone un reflejo de la concepción del proceso como lugar de encuentro entre el Estado, como titular del *ius puniendi*, y el victimario, como protagonista del hecho criminal. Así, el artículo 299 LECrim define el sumario como las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. La exégesis del precepto ciñe el papel judicial a la labor de obtención de fuentes de prueba del delito y de la persona de su autor, así como a la adopción de medidas cautelares que garanticen la sujeción al proceso del inculpado y las responsabilidades pecuniarias del victimario. Ninguna mención se realiza al juez como garante de los derechos de las víctimas, síntoma inequívoco del carácter secundario que, en principio, se asigna a su función y actuación en el proceso. Sin embargo, tras esta filosofía general anidan, en diversos lugares de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos que colocan a las víctimas como protagonistas primarios de la labor jurisdiccional<sup>26</sup>. En concreto, el artículo 13, en redacción conferida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio<sup>27</sup> reseña, entre las primeras diligencias a practicar por el juez de instrucción, la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito con adopción de medidas cautelares que pueden afectar a las víctimas directas, familiares de las mismas o terceras personas. En concreto, se puede imponer al victimario, cuando sea estrictamente necesario para proteger a las víctimas, la medida de prohibición de residencia o de presencia en un determinado espacio físico –que puede abarcar desde una zona delimitada hasta una Comunidad Autónoma– o de acercamiento o comunicación con las personas que específicamente reseñe el juzgador<sup>28</sup>.

---

26. Así, en el artículo 13, se define como una de las primeras diligencias a realizar por el juez instructor la de dar protección a los perjudicados; los artículos 109 y 789.4 obligan al operador judicial a explicitar a las víctimas sus derechos en el proceso; en el artículo 366 se confiere preferencia al auxilio a los agraviados por el delito sobre la práctica de diligencias de comprobación del delito; el artículo 642 faculta al Tribunal para poner el procedimiento en conocimiento de los interesados (qué mayores interesados que las víctimas) para que, en su caso, ejerciten la acción penal ante la petición de sobreseimiento instada por el Ministerio Fiscal; y el artículo 785.8 del mismo texto legal autoriza al juez instructor para conferir la asistencia debida a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que, con motivo u ocasión de los hechos investigados, necesite asistencia facultativa, haciendo constar, en su caso, lugar de su tratamiento, internamiento y hospitalización. Finalmente, extramuros ya de la LECrim, el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, obliga al juez instructor a notificar a las víctimas la resolución que cierre la instrucción aunque no sea parte en el proceso. Precisamente este último precepto sirve de base a la recomendación del Consejo General del Poder Judicial, recogida en el Libro Blanco de la Justicia, de modificación del actual artículo 270 LOPJ en aras a instaurar la obligación judicial de notificar todas las resoluciones que pongan fin al proceso no sólo a las partes sino también a quienes puedan parar perjuicios. Sobre estos preceptos, véase FERRER GARCÍA, Ana, "Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos", *Cuadernos de Derecho Judicial, volumen titulado: La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Madrid, 1998, pp. 203-236.

27. Publicada en el BOE nº 138, de 10 de junio de 1999.

28. A juicio de GARRIDO, Vicente, en *Principios de Criminología, obra cit.*, p. 579, las medidas de protección específica de las víctimas, que deben ser adoptadas de forma prioritaria por el juez, deben combinarse con determinadas modalidades de terapia del victimario.

### III.2. Enjuiciamiento judicial

El proceso penal garantista derivado del Estado de Derecho se ha construido en torno a la caracterización del juicio oral como: oral<sup>29</sup>, público<sup>30</sup> y contradictorio<sup>31</sup>. De ahí que, en principio, las declaraciones de las víctimas, si tratan de utilizarse como prueba de cargo, deban evacuarse en presencia del victimario, ante el órgano judicial y con asistencia de público. La única excepción a tal regla viene constituida por la conceptualización de su testimonio, emitido en la fase de investigación, como de imposible reproducción, concepto que el Tribunal Supremo ha ceñido a los testigos fallecidos, de domicilio desconocido o con residencia en el extranjero. En estos casos, podrá reputarse prueba la lectura en el plenario de las declaraciones sumariales de los mentados testigos, conforme a lo dispuesto en el artículo 730 LECrim. Esta preceptiva presencia de las víctimas en el juicio oral, con las excepciones reseñadas, ha motivado indudables inquietudes victimológicas, sobre todo en delitos que afectan a valores sobre los que se asienta la dignidad personal y en relación a personas que presentan especiales condiciones de vulnerabilidad por razones subjetivas (menores de edad); relacionales (agresiones sexuales) y ambientales (victimarios familiares). En este contexto, el encuentro de las víctimas con la mirada del victimario genera ansiedad, tensión, temor, recuerdos indeseables<sup>32</sup>. De ahí que se hayan inquirido soluciones que permitan tutelar los derechos de las víctimas sin menoscabar los derechos del victimario. En este difícil equilibrio se han producido, durante los últimos años, sentencias del TS de diverso contenido y matiz. A modo de ejemplo, cabe reseñar dos sentencias del Alto Tribunal que reflejan las diversas sensibilidades sobre la materia. Así, en la sentencia del TS de fecha 16 de junio de 1998<sup>33</sup> se casa una sentencia en la que se condenaba a un padre por los abusos sexuales cometidos en las personas de sus hijas, menores de edad, por entender que se infringió su derecho fundamental a la práctica de la prueba al denegar el careo entre las hijas y el padre, así como la pericial psicológica de reconocimiento a los menores y padres para establecer su perfil psicológico y moral y la existencia de inducciones en los menores, pruebas, ambas, solicitadas por la defensa. En concreto, el Alto Tribunal no admite como prueba incriminatoria la declaración de la hija que depuso en el plenario sin que advirtiera la presencia de su padre, al entender que "... la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse

---

29. La oralidad precisa que la actividad alegatoria y probatoria se realice en el juicio oral.

30. La publicidad requiere que la práctica de la prueba se realice mediante la posible asistencia física de las partes y sociedad en general.

31. La contradicción exige permitir la intervención, en la fase de práctica de prueba, de las partes procesales dialécticamente enfrentadas.

32. Para mitigar la ansiedad y tensión que para las víctimas supone acercarse al escenario judicial para declarar en el juicio oral, se han desarrollado programas de asistencia específica a las víctimas testigos. En su seno, se realizan actividades como asesoramiento de la víctima-testigo sobre su intervención en el procedimiento penal; hacer requerimientos puntuales sobre las fechas en que debe acudir a los tribunales y forma de hacerlo; establecer contactos con el lugar de trabajo del testigo para facilitar los permisos oportunos; acondicionamiento de salas de espera adecuadas. Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna... cit.*, p. 94; GARCÍA PABLOS, Antonio, *El Redescubrimiento de la Víctima... cit.*, pp. 289 a 320.

33. Ponente Sr. Martín Canivell, *Actualidad Penal* 608/1998.

la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1), ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos, consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal (artículo 112.d)”. Es más, en la presente sentencia a la hora de armonizar el derecho de defensa del victimario con el derecho de las víctimas, menores de edad, al libre desarrollo de su personalidad, por una parte obvia la existencia del conflicto (afirma que el desarrollo del menor “..no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo y siempre que efectivamente se probara por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener...”) y, de estimar presente el conflicto, sostiene que la “.. necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor”. Por su parte, en la STS de 2 de junio de 1999<sup>34</sup> se confiere específica respuesta a una alegación de la defensa que cuestionaba la presencia de una tutela judicial efectiva porque una de las menores, víctima de reiteradas agresiones sexuales que se atribuían a su tío, no declaró en el juicio oral. En concreto, la menor, de 11 años de edad, sí había comparecido al juicio pero al contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal rompió a llorar, suspendiendo el Tribunal su declaración. En la presente sentencia, tras hacer explícita referencia a los preceptos constitucionales<sup>35</sup>, supranacionales<sup>36</sup> y legales<sup>37</sup> se reseña que los mentados textos jurídicos obligan al poder judicial en todo lo atinente a la denominada policía de estrados y dirección del proceso a velar por la supremacía del interés del menor, con prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar a su desarrollo personal. Por ello, concluye, “..los tribunales conscientes de los derechos del acusado en el juicio oral, entre ellos el de oír los testimonios en su contra (art. 6 CEDH y 24 CE) y el de los menores testigos que acuden al juicio oral, a una protección de sus derechos, al libre desarrollo de su personalidad y a la prevención de situaciones de riesgo, deberá proceder a una valoración ponderada del contenido esencial de las respectivas situaciones y respectivos intereses, adoptando una medida...”.

En esta tesis jurisprudencial, se produce una reforma normativa, contenida en la Ley 14/1999, de 9 de junio. Cuando el testigo sea menor de edad el órgano jurisdiccional instructor o enjuiciador podrá, previo informe pericial, acordar, en resolución motivada, que la declaración del menor se realice evitando la confrontación visual del menor-víctima con el victimario, acudiendo, para ello, a cualquier medio técnico o audiovisual que permita practicar la prueba en condiciones de inmediatez, contradicción y publicidad (artículos 448 y 707 LECrim). Con la misma finalidad de protección concreta de los derechos de los menores víctimas, se prohíbe su careo con el víctima-

---

34. Ponente Sr. Martínez Arrieta; *Actualidad Penal* 574/1999.

35. Artículo 39.3 CE en el que se reseña que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

36. Convención de la ONU sobre derechos del Niño y la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A-3-01712/1992).

37. Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección del menor.

rio, salvo que el operador judicial lo estime imprescindible y siempre que no sea lesivo para el desarrollo personal de los mentados testigos, previo informe pericial (artículo 713 LECrim)<sup>38</sup>.

La presencia de las víctimas en el juicio, para ser interrogadas por la acusación y la defensa, confiere *un papel de especial relieve al operador judicial*. Su función de garante de los derechos de las víctimas y del victimario le obliga a conciliar el respeto a la dignidad de las víctimas con el derecho a la prueba del victimario. Este papel adquiere enorme relevancia cuando los hechos enjuiciados afectan a la vida privada de las víctimas, bien porque tienen lugar en un contexto familiar, bien porque afectan a un ámbito esencial de su personalidad, como la sexualidad. En tales supuestos, bajo el manto protector del derecho de defensa no es asumible un interrogatorio de las víctimas que, desvinculado de los hechos debatidos, trate de menoscabar su dignidad, poniendo al descubierto datos nucleares de su privacidad que traten de arrojar sombras de duda sobre su credibilidad. En esta materia resultan paradigmáticas dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, pronunciadas en materia de agresiones sexuales. En la STS de 22 de abril de 1997<sup>39</sup>, se cuestiona a la víctima, por el abogado defensor, si mantuvo o no con el victimario, con carácter previo a los hechos enjuiciados, relaciones sexuales. El Alto Tribunal sostiene que "... tales circunstancias pertenecen a su ámbito de privacidad y ni siquiera debió ser preguntada por las mismas. En efecto, la víctima de un delito sexual no está obligada a poner al descubierto toda su vida íntima, pues ello es irrelevante para el hecho concreto, dado que si en éste existió o no consentimiento no depende de que otras veces haya consentido". En la STS de 29 de abril de 1997<sup>40</sup>, la defensa inquiriere a la víctima para que relate todas las prácticas sexuales que considera normales en el ámbito de las relaciones íntimas de pareja. Señala el TS que "el motivo debe decaer pues el derecho de defensa no tiene un alcance ilimitado, encontrándose entre las facultades y responsabilidades del Presidente del Tribunal ponderar los derechos constitucionales en juego, para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos de la víctima y, en concreto, el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CE y el derecho a la dignidad de la persona garantizada por el art.10, ponderación que en este caso se efectuó de manera totalmente razonable por el Presidente del Tribunal, dado que la denuncia de una supuesta agresión sexual no faculta para imponer a la víctima la carga de exponer públicamente sus sentimientos íntimos en relación con una abstracta generalidad de prácticas sexuales posibles".

### III.3. La sentencia

La tutela judicial de las víctimas debe estar latente en el contenido de las sentencias. No en vano, en la sentencia se debe realizar un relato de lo acontecido, valorando en consecuencia las declaraciones de las víctimas, articular las bases de la reparación de los daños y seleccionar la sanción imponible al victimario.

---

38. Referencias al sistema de videoconferencia como fórmula de emisión del testimonio de las víctimas en FERNÁNDEZ DEL TORCO, Juan Manuel, "La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, III, 1998, Madrid, pp. 113-140.

39. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater, *Actualidad Penal* 483/1997.

40. Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón; *Actualidad Penal* 499/1997.

### III.3.1. El denominado juicio histórico: función de las víctimas

El relato de hechos probados, sobre el que se cimenta la sentencia, es la plasmación de la convicción del órgano jurisdiccional obtenida tras la valoración de las pruebas practicadas. Utilizando la terminología del artículo 741 LECrim, “El tribunal apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”. La apelación a la conciencia del juez no equivale a libérrima y oculta voluntad<sup>41</sup>, dado que ello quebrantaría las bases de un sistema constitucional en el que la legitimidad jurisdiccional viene vinculada al sometimiento al imperio de la ley<sup>42</sup> (artículo 117.1 CE), con interdicción de toda arbitrariedad (artículo 9.3 CE), lo que conlleva el deber de motivar las sentencias (artículo 120.3 CE), corolario obligado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>43</sup>, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso judicial con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión en el marco de la racionalidad legal. De ahí que la valoración de la prueba sea una función compleja que cabe estructurar en dos fases o niveles<sup>44</sup>. El primero depende totalmente de la percepción sensorial por el juzgador de la constelación de testimonios prestados en su presencia. En esta fase juega un papel vertebral la inmediatez, en la medida que permite una apreciación personal de los gestos, silencios y en general, movimientos corporales, que subrayan un significado o desvelan un mensaje distinto al exteriorizado por las palabras<sup>45</sup>. Amén de ello, esa presencia personal del juzgador en el momento de la emisión del testimonio posibilita un conocimiento personal, aun indiciario, de las circunstancias específicas de las víctimas-testigo, que humaniza la justicia y la alejan del examen rutinario de los expedientes<sup>46</sup>. El segundo nivel viene constituido por la estructura del discurso valorativo

---

41. No obstante ello, en la STS de 10 de febrero de 1978 puede leerse que la valoración de la prueba “...debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones”, llegando a calificar la tarea de explicación de la valoración probatoria como “inusual, insólita y desacostumbrada”. Véase referencia de sentencias recogiendo el mismo espíritu en IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 34 y 35.

42. Señala GIMENO SENDRA que la legitimación de la función judicial estriba en la independencia y sumisión a la ley de los jueces y magistrados. GIMENO SENDRA, Vicente, “El control de los jueces por la sociedad” en *Revista del Poder Judicial*, nº 48, 3ª época, Cuarto trimestre de 1997, p. 38.

43. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” en *La Sentencia Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, Madrid, 1992, p. 152; el mismo autor, “El juez nacional como garante de los derechos humanos”, *Consolidación de Derechos y Garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 302.

44. Ver, CALVO CABELLO, José Luis. “La Valoración de la prueba en el juicio oral” en *La Prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, 1996, pp. 437 a 447; MONER MUÑOZ, Eduardo. “El dolo y su control en el recurso de casación” en *Elementos subjetivos de los tipos penales, Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXIII, 1994, p. 148; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena” en *Poder Judicial* 18, 2ª época, junio 1990, p. 135.

45. CALVO CABELLO, José Luis. “La valoración de la prueba...” cit., p. 437.

46. Señala NEUMAN que la oralidad permite la inmediatez entre los seres. El juez conoce de cerca al hombre que va a juzgar y su personalidad, a la víctima, los testigos, los peritos, las pruebas que tiene a mano para realzar su función de manera rápida y efectiva. NEUMAN, Elías, *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 242.

de la prueba realizado por el operador judicial. En este ámbito prima la explicitación de los argumentos valorativos conforme a las exigencias de la lógica, principios de la experiencia y conocimientos científicos. Esta tarea de valoración de la prueba alcanza una especial magnitud cuando se trata de apreciar las declaraciones de las víctimas en aquellos tipos delictivos, como los sexuales o los acaecidos en el ámbito familiar, que se producen en contextos ajenos a la percepción de terceros, lo que convierte a la declaración de las víctimas en única prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al victimario. Si a ello se añade que la declaración no responde, no obstante su denominación procesal, a la figura típica del testigo<sup>47</sup>, dado que no estamos ante una declaración de conocimiento de un tercero ajeno al proceso, sino ante la explicación de una vivencia personal por parte de uno de sus protagonistas, lo que constituye, en esencia, una declaración de parte, no es de extrañar que se hayan extremado los mecanismos de cautela de un sistema jurídico vertebrado básicamente sobre las garantías del imputado<sup>48</sup>. En este contexto, el Tribunal Supremo<sup>49</sup> ha destilado una serie de criterios a tener en cuenta por los juzgadores en la valoración de las declaraciones de las víctimas. Son los siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pueden contribuir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar incertidumbre.
- b) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen el testimonio de las víctimas.
- c) Persistencia en la incriminación: debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

La reflexión sobre los criterios aludidos pone de manifiesto la complejidad de la tarea judicial en este ámbito, pues, fuera de las corroboraciones periféricas de carácter objetivo, generalmente vinculadas a la constatación médica de vestigios de agresión sexual, los criterios de ausencia de resentimiento y persistencia en la incriminación, si bien responden a modelos genéricos de credibilidad, resultan de difícil concurrencia en situaciones de abuso sexual producidos en contextos íntimos, como el familiar, y con victimarios de enorme relieve para las víctimas, como los padres. En estos casos, cuando las víctimas sufren el abuso en el sentido más intenso de la palabra, pues ven vejada su dignidad personal por las personas que en principio son sus referentes emocionales en la vida<sup>50</sup>, es difícil no atisbar un núcleo de rechazo al victimario y una

---

47. Así, STS de 18 de junio de 1998, ponente MARTÍNEZ PEREDA (*Actualidad Penal* 1998, refer. nº 622).

48. Ha llegado a afirmarse por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de diciembre de 1997, ponente CONDE PUMPIDO (Rep. *La Ley* 1998, nº refer. 1134) que “.. la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito”.

49. STS. 8.11.94; 11.10.95 y 4.4.96.

50. En palabras de URRRA, los padres victimarios abortan el crecimiento natural del niño, su derecho a evolucionar en un ambiente sano, afectivo, donde se desarrollen todos sus potenciales. URRRA PORTILLO, Javier, *Violencia, memoria amarga*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1997, p. 20.

pervivencia de estados de duda en el mantenimiento de la incriminación, muchas veces vinculados a la presencia de presiones provenientes del propio ámbito familiar. Ello pone de manifiesto la enorme dificultad de la función judicial en esta faceta y la necesidad de contar con el apoyo de expertos no jurídicos<sup>51</sup>, que presten al juzgador pautas de actuación en esta sede<sup>52</sup>. Precisamente, los estudios de la Psicología del testimonio ponen de manifiesto que frente a la técnica tradicional de los interrogatorios, que preside todo el proceso, para medir la credibilidad del testimonio debe acudir a entrevistas de tipo cognitivo. A partir de esta técnica se persigue reproducir cognitivamente todo aquello que consciente o inconscientemente fue percibido por las víctimas. Para ello, el perito solicita del testigo que verbalice todo lo que recuerde sobre lo acontecido, a modo de narración libre; luego le pide que adopte otras situaciones, contando el mismo hecho desde otro ángulo físico o desde la visión de otro espectador; finalmente le requiere que cuente los acontecimientos en una secuenciación distinta.

### III.3.2. La sanción: la debida protección a las víctimas

El cumplimiento de la función judicial de protección específica de las víctimas, en su esfera de creación de las bases de una paz jurídica futura, confiere especial importancia a la adopción de medidas directamente encaminadas a evitar una nueva victimización de las víctimas. Obviamente, estas medidas tienen pleno sentido cuando la victimización originaria acaece en ámbitos relacionales, familiares principalmente, en los que la interacción victimario-víctimas puede provocar una reproducción de situaciones violentas. En este contexto, adquiere relieve la posibilidad de acordar, en sede jurisdiccional, *las siguientes prohibiciones*<sup>53</sup>: *aproximación a la víctima, familiares*

---

51. El Tribunal Supremo, en el seno de sentencias pronunciadas en casos de agresiones sexuales a menores, hace referencia a la actuación de los psicólogos infantiles. Por todas, STS de 7 de mayo de 1998, ponente MONER MUÑOZ (*Actualidad Penal* 98, refer. nº 571).

52. En este sentido presentan especial importancia los estudios de la denominada Psicología del testimonio. Véase a este respecto, DIGES JUNCO, Margarita/ALONSO-QUECUTY, María, "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores" en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 35, setiembre 1994, pp. 43-66 y CALVO CABELLO, José Luis. "La valoración de la prueba...cit.", pp. 442 y 443. A estos efectos, la tarea esencial se centra en medir la credibilidad del testimonio de las víctimas-testigos, cuestión que los psicólogos han tratado de solventar acudiendo al método de análisis de la declaración basado en criterios, creado por UNDEUSTSCH. Este método se basa en estudiar la presencia o ausencia, o en su caso el grado y fuerza de presencia en la declaración, de una serie de criterios que en base a trabajos empíricos, se considera que estuvieron presentes en las declaraciones auténticas. En la evaluación final se ha de valorar la capacidad de quien declara; el grado de complejidad del suceso; el número de detalles que expone en la declaración; la seguridad, convicción e intensidad con que se han relatado los criterios durante la entrevista. A partir de estos parámetros, el psicólogo forense califica la declaración del menor como: creíble; probablemente creíble, indeterminada, probablemente increíble, increíble. Para todo, vid. URRÁ, Javier. *Niños y jóvenes víctimas... cit.*, pp. 240 a 242 y ORRIACH NAVARRO, Vicenta, "Evaluación de la credibilidad y análisis del testimonio de los sujetos implicados en el proceso judicial. Una revisión general", *Actualidad Penal* nº 7, 1999, pp. 133-168. También, QUEREJETA CASARES, Luis Miguel, "Validez y credibilidad del testimonio. La Psicología forense experimental", ponencia presentada en el IV Curso de Policía Judicial como forma de desarrollo de una justicia más eficaz, celebrado en Vitoria los días 29 de noviembre a 2 de diciembre de 1999.

53. Todo ello a tenor de los preceptos introducidos en el Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 14/99, de 9 de junio (BOE de 10 de junio de 1999). Esta Ley Orgánica, en una paradigmática muestra de improvisación legislativa, modifica, a su vez, una reciente novación del Código Penal de 1995 realizada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril (BOE de 1 de mayo de 1999).

de la víctima u otras personas que determine el juez<sup>54</sup>; comunicación con la víctima, familiares de la víctima u otras personas que determine el juez<sup>55</sup>; residir o volver al lugar de comisión del delito o en que resida la víctima o su familia<sup>56</sup>. Estas prohibiciones pueden adoptarse en la sentencia que condene por delitos específicos<sup>57</sup> (artículo 57 CP) o por la falta de lesiones, malos tratos de obra, coacciones o amenazas leves (artículos 617 y 620 CP). Así mismo cabe fijarlas como reglas de conducta en la resolución que acuerde la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia (artículo 83.1 CP) o en la resolución que fije las medidas no privativas de libertad asignables a situaciones de inimputabilidad, total o parcial (artículo 105.1 g) CP).

Como medida específica a acordar en la sentencia condenatoria sobre un complejo heterónimo de tipos delictivos (desde aquellos que afectan a bienes personales hasta los que acogen bienes patrimoniales) y específicas faltas (de lesiones, amenazas o coacciones), su adopción judicial, de carácter facultativo, viene supeditada a *la gravedad de los hechos cometidos o al peligro que el delincuente represente*<sup>58</sup>. El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 9 de junio de 1998<sup>59</sup>, ha tenido ocasión de reseñar que se trata de una medida complementaria de la pena privativa de libertad, que puede ser considerada como una pena accesoria y que debe ser administrada con ponderación para no agravar excesivamente las consecuencias onerosas que se derivan del cumplimiento de una pena privativa de libertad. El fundamento de la medida adoptable con base en este artículo se encuentra en la protección específica de las víctimas frente al peligro de nueva victimización proveniente de un nuevo delito cometido por el victimario. En otras palabras, la medida, sin dejar de ser una sanción específica al hecho delictivo pretérito, trata de crear las condiciones precisas para evitar futuros hechos delictivos a cometer por el victimario respecto a las mismas víctimas. La implantación judicial de cualquiera de las prohibiciones precisará la previa petición de la parte acusadora en aras a permitir el desarrollo, en el plenario, del debate dialéctico y probatorio sobre la concurrencia de los presupuestos que permiten su adopción<sup>60</sup>. Obviamente, el operador judicial deberá, a la luz de la prueba practicada, reflejar en el relato histórico de la sentencia las circunstancias fácticas que sirven de soporte a la medida protectora a adoptar y deberá motivar, en sus fundamentos jurídicos, las con-

---

54. Esta prohibición impide al penado acercarse a las personas referidas, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren, y acercarse al domicilio, lugares de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por las personas beneficiadas por la prohibición judicial (artículo 48, párrafo segundo CP).

55. Impide al penado establecer, con las personas beneficiadas por la prohibición, cualquier contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático.

56. Esta prohibición no alcanza, a diferencia de las otras dos, a personas distintas a la víctima y sus familiares.

57. En concreto, delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

58. Frente al carácter cumulativo que el artículo 57 del Código Penal de 1995, en su redacción original y en la ofrecida por la Ley Orgánica 11/1999, confería a los presupuestos de adopción de estas prohibiciones, la Ley Orgánica 14/1999 articula los presupuestos de forma alternativa.

59. Ponente Sr. Martín Pallín, *Actualidad Penal*, 594/1998.

cretas razones que avalen su decisión, así como la duración específica de la medida, que no podrá exceder de cinco años, en el caso de delitos, ni de seis meses en el caso de las faltas. En todo caso, la eficacia de estas prohibiciones exigirá la existencia de servicios específicos de la Administración debidamente coordinados con el juez durante la fase ejecutiva.

### III.4. Ejecución de la sentencia

En el campo de la ejecución de la sentencia, las referencias normativas de signo victimológico son escasas. Los criterios diseñados en el CP para la selección de la sanción penal descansan principalmente en las circunstancias del hecho y la personalidad del victimario, sin mención alguna a la situación de las víctimas. Si a ello añadimos que en la praxis judicial la determinación individualizada de la pena se ciñe a la medición, labor para lo que no se cuenta con técnicos de ámbito no normativo, como la Criminología y la Sociología<sup>61</sup>, se concluye que la función judicial en este ámbito se encuentra alejada de los postulados victimológicos. Si ignoramos la perspectiva criminológica y victimológica y configuramos la sanción con una pupila dogmática, se generarán sentencias formalmente adecuadas, al suponer una aplicación lógico-formal de la panoplia normativa, pero materialmente injustas al obviar la realidad vital del victimario y las víctimas. En este sentido, el programa sancionador debe desaprobar claramente el daño causado por el ilícito penal y, a continuación, debe superar constructivamente el delito, haciendo que la reacción apunte a la autorresponsabilización y a la integración en la Sociedad. En el estricto campo de la ejecución, ciñéndonos a las penas privativas de libertad, la decisión sobre la procedencia de ejecutar la pena en los términos diseñados en la sentencia no es ajena a las víctimas. Así, el artículo 81.3 CP configura como una de las condiciones necesarias para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la reparación del daño a

---

60. A nuestro juicio, a diferencia de aquellos casos en los que la ley penal fija taxativamente una sanción penal para un hecho delictivo, supuesto en el que la falta de petición de pena por la acusación no impide su imposición judicial, sin que ello conlleve una vulneración del principio acusatorio, en el supuesto específico previsto en el artículo 57 CP, las prohibiciones no son de imposición necesaria, sino facultativa, razón por la cual, su adopción precisa una previa petición de parte acusadora si no se quiere quebrantar el principio acusatorio. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999 (ponente Sr. Jiménez Villarejo; *Actualidad Penal* 1999, n.º 266) se desestima un recurso de casación interpuesto por la defensa frente a una sentencia condenatoria en la que, sin haber sido solicitada por el Ministerio Fiscal, se imponía la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. El Alto Tribunal, si bien parece excluir la petición de consecuencias jurídicas del ámbito propio del principio acusatorio –que quedaría ceñido a los hechos y la calificación jurídica– vertebra el contenido de su decisión, desestimatoria del recurso, sobre la taxatividad con la que se pronuncia el artículo 56 del CP respecto a la imperatividad de las penas accesorias que acompañan a las penas de prisión de hasta diez años. Sin embargo, las prohibiciones contenidas en el artículo 57 CP no se imponen *ex lege* a las personas condenadas por alguno de los tipos delictivos reseñados en su seno, sino que son de fijación facultativa por el operador judicial. De ahí que, mientras no puede hablarse de indefensión del acusado –fundamento del principio acusatorio– cuando se le impone una sanción automáticamente anudable a la comisión de un delito, sí que genera indefensión la fijación judicial de una sanción, prevista legalmente con carácter facultativo y sobre la que no existe petición expresa de la acusación, lo que impide, a la defensa, combatir la necesidad y proporcionalidad de la referida sanción.

61. BERISTAIN, Antonio, “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora de los valores humanos (La paz desde la Victimología)”, Cuadernos de Derecho Judicial, *Política Criminal Comparada, hoy y mañana*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

las víctimas, salvo que el propio juzgador, tras oír al Ministerio Fiscal y a los interesados<sup>62</sup>, declare la imposibilidad total o parcial de reparación por parte del condenado. La referencia a la imposibilidad total o parcial pone de manifiesto la concepción económica que el legislador tiene de la reparación, obviando que la reparación puede ser incluso simbólica, razón por la cual el victimario siempre puede hacer algo para reparar el daño. En el artículo 88.1 se faculta a los jueces para sustituir, previa audiencia de las partes, penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, atendiendo a un conjunto de circunstancias, entre las que se encuentra el esfuerzo para reparar el daño causado.

Trasladándonos al proceso de ejecución penitenciario de la pena privativa de libertad, no existen en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, disposiciones atinentes a la reparación del daño a las víctimas como elemento central para calibrar la evolución en el proceso resocializador del victimario<sup>63</sup>. De ahí que las referencias normativas a la clasificación, tratamiento<sup>64</sup> y concesión de beneficios penitenciarios, se centren en la personalidad del victimario y su protagonismo en la realización de determinadas actividades en el interior de la prisión, sin mención alguna a la actividad de reparación a las víctimas. Quizás, en el campo de la libertad condicional, el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, a que se hace referencia en el artículo 90.3 CP, a emitir por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes, tenga en cuenta, como criterio socializador del victimario la actividad reparadora a las víctimas. En este último estadio de la ejecución de la pena privativa de libertad, reviste especial interés victimológico la fijación judicial de reglas de conducta directamente vinculadas a dificultar la aparición de nuevas situaciones victimizantes<sup>65</sup>.

---

62. Necesariamente las víctimas, aunque la ausencia de toda referencia específica puede favorecer una práctica judicial que omita su audiencia, salvo personación formal en el proceso.

63. MAPELLI CAFFARENA, Borja, "La judicialización Penitenciaria..." cit., p. 57.

64. ROXIN, Claude, "La reparación en el sistema..." cit, p. 21.

65. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, ¿Tutela judicial a las víctimas?, *periódico EL DIARIO VASCO*, 19 de octubre de 1999.