



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 8 - 1994.

Presentación - Aurkezpena. A. Beristain	7
XI CONGRESO INTER. DE CRIMINOLOGIA, BUDAPEST	
Mesa Redonda: "Minorías y Derechos humanos"	
• M. Delgado. Los niños de y en la calle de México, D.F.	13
• B. Kunicka-Michalska. Criminalidad en Polonia	33
• P. Larrañaga y otros. Tipología de residentes	39
• A. Messuti. Criminología marginal y Derechos Humanos	53
• J. Orbegozo y otros. Enfermos hospitalarios y custodia policial	59
• G. Varona. Extranjería y prisión	63
• E.R. Zaffaroni. Investigaciones sobre la delincuencia	89
Taller: "Victimología y justicia restaurativa"	
• A. Beristain. La construcción criminológica de la realidad	105
Taller: "La Criminología desde y hacia las religiones"	
• B. Kunicka-Michalska. Condena de la usura	115
• A. Messuti. La Criminología desde y hacia las religiones	121
• D. Szabo. Premio Hermann Mannheim al Prof. A. Beristain	129
III CURSO CRIMINOLOGICO PENITENCIARIO	
• M. Fernández. DD.HH. en el ecosistema penitenciario	133
La reconstrucción de la persona en las prisiones	147
• A. Giménez Pericás. Entre la realidad y la utopía	159
• R. Ottenhof. El nuevo Código penal francés	163
• T. Peters y A. Neys. La pena desde la reparación	165
Medalla al Mérito Social Penitenciario al Prof. A. Beristain 197	
• J.L. de la Cuesta. Presentación del conferenciante	199
• H. Schüler-Springorum. Prognosis de libertad de terroristas ..	201
Intervenciones:	
• David Beltrán.	215
• Paz Fernández Felgueroso.	216
• A. Beristain. Más criminólogos y menos jueces	218
MISCELANEA	
• A. Giménez Pericás. La neutralización de la víctima	223
• J. Llompert. Delitos contra el Estado y Delitos del Estado	231
• Parlamento de las Religiones del Mundo. Etica global	241
I Promoción de Master y VII de Criminólogos	255
MEMORIA del IVAC-KREI	261
Estatutos de la Asociación Vasca de Criminólogos	315

EGUZKILORE

Número 8.
San Sebastián
Diciembre 1994
223 - 230

LA NEUTRALIZACION DE LA VICTIMA Y EL INTERES SOCIALIZADO DE LAS VICTIMAS

Antonio GIMENEZ PERICAS

*Magistrado de la Audiencia Provincial
de Gipuzkoa*

Resumen: se estudian, desde la política criminal, los delitos contra la libertad sexual y su tratamiento por la Administración de Justicia, planteando el tema como una cuestión de control social de una desviación; con algunas reflexiones de carácter victimológico sobre la situación del sujeto pasivo de estos delitos.

Laburpena: politika kriminaletik abiatuz, askatasun sexualaren aurkako gaizakeriaz eta honi buruzko Justizi Administrazioak egindako tratamenduz ikerketa bat burutzen da, desbideraketa baten giza-kontrolaren gai bezala aurkeztuz. Halaber, gaiztakeri hauetako sujeto pasiboaren egoerari buruzko biktimologiko gogoeta batzuk egiten dira.

Résumé: on étudie, à la politique criminelle, les délits contre la liberté sexuelle et leur traitement par l'Administration de Justice, en posant le sujet comme une question de contrôle social d'une déviation; avec quelques réflexions de caractère victimologique sur la situation du sujet passif de ces délits.

Summary: from criminal policy, crimes against sexual liberty and its treatment by Justice Administration are studied, setting out the subject as a matter of social control to desviation, in the same way some victimological reflections about the situation of passive individual sujet of these crimes are accomplished.

Palabras Clave: Política Criminal, Victimología, Delitos Sexuales, Administración de Justicia, Víctimas, Control Social.

Hitzik garrantzikoena: Politika kriminala, Biktimologia, Gaizkintza sexualak, Justizi Administrazioa, biktimak, giza-kontrola.

Mots clef: Politique Criminelle, Victimologie, Délits Sexuels, Administration de Justice, Victimes, Contrôle Social.

Key words: Criminal Policy, Victimology, Sexual Crimes, Justice Administration, Victims, Social Control.

La propuesta sugerida por el enunciado del tema exige una previa adopción de posiciones que sea un esclarecimiento de puntos de partida para la reflexión más que un despliegue dogmático sobre los llamados delitos contra la libertad sexual y el tratamiento que de ellos hace la llamada muy genéricamente “Administración de Justicia”. Rótulo que expresa en términos burocráticos que vamos a reflexionar sobre una cuestión de control social de una desviación. O sea, al fin y al cabo, sobre política criminal.

En general convienen los especialistas en derecho penal en la trascendencia y acierto de la reforma penal de 1989 al cambiar el rótulo tradicional de Título IX del Código Penal —“Delitos contra la honestidad”— por el de “Delitos contra la libertad sexual”, indicando así, como lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las personas. Derecho a la libertad sexual que leído en clave “ilustrada” es tanto como el intangible derecho de disponer sobre el propio cuerpo; de filosófica raíz laica engarzable en la proclamación de la libertad y la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico que hace el art. 1 de la Constitución Española.

Sin embargo, los penalistas expresan serios reparos en que sea la libertad sexual el bien jurídico protegido en todos los tipos penales normalizados en el Título IX con esta rúbrica. En general, sus reparos se extienden a aquellos delitos “sexuales” en los que el sujeto pasivo es menor de edad, está privado de sentido o enajenado o bien en el tipo delictivo de exhibición obscena¹.

1. El Profesor Francisco Muñoz Conde en el libro *La Reforma Penal de 1989* —Ed. Tecnos. Madrid, 1989— (pp. 11 a 42) escribe que “no parece tan claro que el fundamento de esta regulación penal sea la protección de la ‘libertad sexual’ en este supuesto del menor” —concretamente serían los supuestos de violación de menores (art. 429.3.º C.P.), otras agresiones sexuales a menores comprendidas en el 430, otros “actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de 16 años” del art. 431, venta o exhibición de material pornográfico entre menores de dieciséis años del art. 432 y el estupro del 434, todos del C.P.

Sigue diciendo que “Probablemente, se pretende proteger la libertad del menor en el futuro, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; pero mientras tanto, esta libertad podrá ser abstractamente puesta en peligro, nunca lesionada, porque no se puede lesionar lo que aún no existe”.

Las mismas “reservas” hace respecto al ejercicio de la sexualidad con los enajenados, intensificadas porque no se establecen unos límites rígidos en relación con la edad. “Desde luego —escribe— si la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él, esta libertad puede existir en mayor o menor grado y ser objeto de discusión y prueba en un proceso penal por estos delitos. Precisamente lo que se discute en estos casos es si el sujeto pasivo tenía capacidad para decidir libremente un comportamiento sexual. Si esta libertad es inexistente o está completamente anulada, probablemente se afirmará la existencia del delito sexual en cuestión. Pero ello no quiere decir que sea la ‘libertad sexual’ del enajenado o del privado de sentido el bien jurídico protegido, sino su falta de libertad sexual, es decir, la consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente su sexualidad, con terceros”. —Justifico la larga cita porque creo que este agudo razonamiento, a un lado del límite contable de la minoría de edad, aplicable al menor sujeto pasivo del delito sexual, lo que avalaría que la protección dispensada si se apoya sólo en el trazado convencional de un límite se debe a un criterio determinado de política criminal de un Estado determinado ya que es ciertamente chocante, como sigue diciendo el eximio profesor que cuando es el enajenado el que accede carnalmente (sujeto activo) el

De un modo o de otro, sobre el debate académico que alinea posiciones poco divergentes, la libertad sexual como bien jurídico protegido por las diversas normas de prohibición de las agresiones sexuales y conductas de riesgo, de exposición o de publicidad de aquéllos, es adecuada o conveniente al control social, que constituye el basamento de la política criminal del Estado. Y no las proclamaciones morales antiguas incluidas en el rótulo de la “moral social” o de la “honestidad”, no sólo invalidadas por su abstracción, sino degradadas al terreno de la política partidaria, ya que eran inevitablemente entendidas desde concepciones culturales —por tanto también religiosas— contendientes; querellas impropias y peligrosas para los Estados democráticos de derecho, como la experiencia actual demuestra.

Esta previa adopción de posiciones a la que nos comprometimos al principio nos exige recuperar ahora, después de constatar en virtud de qué finalidad el Estado promulga normas prohibitivas de las conductas sexuales agresivas, al sujeto olvidado: la víctima; siquiera sea porque la misión de la Administración de Justicia penal se reduce a la solución de este conflicto intrapersonal entre el “criminal” y su “víctima”²; aunque el encuentro entre ambos polos de la llamada *pareja penal* en esta clase de delitos suele ser mucho más que lo que la palabra “conflicto” nos sugiere. Tanto es así que si bien ya va aceptándose que el Derecho Penal estatal surgió cuando la víctima fue neutralizada; esto es, cuando por un fenómeno de interposición encaminado a conseguir la paz social, quien detentaba el poder estableció la composición que debían pagar los agresores a los agredidos terminando así con la venganza

hecho para la persona agredida sería un delito de agresión sexual (no una violación) o quedaría impune; en cambio sería violación en caso contrario (sujeto pasivo enajenado). Claro que esto es una cuestión del límite de la enajenación bien dudoso siempre, pero lleva a la impunidad del menor de edad penal por los distintos criterios de política criminal que diseña cada Estado—. En efecto, el autor concluye que la nueva rúbrica “es, pues, más una directriz político-criminal a seguir en la interpretación de los tipos en él contenidos que un bien jurídico protegido común a todos ellos”.

No difiere aparentemente la opinión del Profesor Enrique Orts Berenguer vertida en el libro colecta del mismo título que el anteriormente citado y editado el mismo año de la reforma por Tirant lo Blanch (Valencia) (pp. 135 a 140), para quien “junto a delitos en los que se protege la libertad sexual de manera indubitada, perviven otros, cuyas miras defensivas no están puestas en aquélla (la libertad sexual) o solamente en aquélla, como sucede en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, en el rapto y en varios de los delitos relativos a la prostitución”.

Opino que la diferencia es aparente porque ambos reflexionando sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el caso de los menores y enajenados víctimas de los delitos sexuales concluyen que la nueva rúbrica del Título IX es una directriz de política criminal del Estado. —Escribe Orts Berenguer: “En tales casos lo que realmente se protege es el interés del Estado en que las personas que atraviesan por alguna de las repetidas situaciones vean preservada su intimidad de ingerencias inadmisibles por abusivas”—. Sin embargo, la concepción de la que parte es distinta porque escribe: “Con carácter general, podemos afirmar que lo que se protege en el art. 429 es la libertad sexual que es predicable en toda persona. Desde esta perspectiva, podríamos decir que también los menores de doce años, los enajenados y los privados de sentido la poseen y que, desde luego tienen derecho a no ser molestados, a estar exentos de daño de carácter sexual”. Pero como no pueden ejercer su libertad —continúa— no es adecuado cifrar en la libertad “ni en la indemnidad el objeto de protección”.

2. Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Tirant lo Blanch. Valencia 1989) p. 29.

privada, también es cierto que los medios de comunicación social se encargan con loable vocación de rescatar a las víctimas de los delitos sexuales de su ancestral olvido. Este hecho de raíz psicológica y tan manipulable políticamente, lo que de paso demuestra hasta qué punto extremo el derecho penal es una cuestión de política-criminal, es común a todos los países homogeneizados por semejante cultura intercomunicativa. —Obsérvese la multiplicación del horror y sus efectos incluso a un nivel de incidencia penal-penitenciaria que la prensa y la TV. hicieron del “crimen de Alcázar” y la multiplicación de la perplejidad y la división de criterios sobre los límites de la “Justicia privada” producida por el “show” televisivo yanqui sobre la ablación vindicativa del pene del John Wayne Bobitt—.

Hasta aquí lo que parece evidente y útil a nuestra reflexión con las siguientes observaciones de carácter victimológico:

a) Que la neutralización o en el mejor de los casos la abstracción dogmática de la víctima en el tratamiento jurídico penal de los delitos sexuales no es tan intensa como en los demás delitos, incluidas superiores delicadezas con aquéllas en el terreno procesal, más debidas a la jurisprudencia que a la Ley. Y,

b) Que dicho “olvido” no se extiende a la pérdida de protagonismo social, sino todo lo contrario, ya que los medios de comunicación social reflejan y retroalimentan las vindicaciones victimarias.

Que la neutralización de la víctima en el derecho penal estatal³ es menos intensa en estos delitos contra la libertad sexual se demuestra observando cómo en la mayoría de los delitos descritos en los Códigos la actitud de la víctima es indiferente a la definición del delito y al establecimiento de la pena —salvo, claro está, la estafa, perfecto ejemplo de construcciones victimodogmáticas con muchas veces difusos límites entre el propósito y la conducta del estafador y el estafado—, mientras que la actitud de la víctima viene a configurar el tipo penal en varios supuestos del Título IX del Código Penal. Así, la violación intimidatoria del n.º 1 del art. 429 en la que el grado de fuerza o intimidación e incluso su existencia se puede medir

3. Además de en la obra citada anteriormente, el Profesor Winfried Hassemer da cuenta más extensa y densamente del tránsito hacia la “neutralización de la víctima” y de su significado en su libro *Fundamentos del Derecho Penal* traducido por los profesores Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, quien también lo prologa, y publicado por Bosch. Barcelona 1984 (pp. 92 a 97). Los traductores en nota a la p. 92 citan el Tomo I del *Tratado de Derecho Penal*, de Luis Jiménez de Asúa, quien sin referirse expresamente a las causas históricas del olvido de la víctima, cuenta el desarrollo desde la índole privada de las formas penales primitivas significada en la institución germana de la “Faída” (estado de inimicitiae no sólo contra el ofensor, sino contra su parentela —Sippe—), venganza de sangre por intereses privados que se ejecutaba por la familia del ofendido, hasta que el Juez-Rey se atribuye la concesión de la paz a través del establecimiento de condiciones, fijando la *composición* que reemplaza a la *venganza de la sangre*. Cesan, pues, las facultades del ofendido. (Pp. 286 a 288, del T. I del “Tratado”. Tercera Ed. Losada. Buenos Aires. 1964).

La venganza de la sangre pervive reconocida en antiguas leyes de la península. El Profesor Cuello Calón, en su obra ya clásica *Derecho Penal* —Bosch. Barcelona 1984. T. II p. 493—, refiriéndose a la violación, recuerda que en los fueros municipales y en el Fuero Viejo (lib. II, tit. II), se castigó este delito con la muerte o con la declaración de enemistad que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor.

por el grado de resistencia o rehusa, las “otras agresiones sexuales” del art. 430 que sean intimidatorias, el significado y circunstancias del sometimiento de la víctima al agresor, la víctima en el estupro de prevalimiento del art. 434, la medida o disponibilidad de la víctima a ser engañada en el estupro del art. 435, las “otras agresiones sexuales” del art. 436, el concepto de resistencia de la víctima del rapto para configurar el tipo penal del art. 440 y entre los relativos a la prostitución es determinante para la construcción del tipo penal el rol jugado por la víctima en los subtipos penales incluidos en los números 2.º y 3.º del artículo 452 bis a), hasta el extremo de que puede que no haya tales víctimas ni tales delitos referidos a la prostitución cuando la engañada, amenazada o retenida mayor de edad viste de victimismo lo que en realidad es necesidad económica por dura que sea. En la práctica judicial es una cuestión de prueba, pero en la realidad social estos subtipos penales echan un manto moral sobre la permisibilidad de la prostitución, suspendiendo al mismo tiempo sobre sus cabezas la espada de Damocles.

Observando cómo la actitud de la víctima es condición ineludible para configurar el elemento objetivo del injusto, necesario para configurar el tipo penal en la mayoría de los supuestos, en cambio, dialécticamente, es en esta clase de delitos de agresión en donde se encuentra también la víctima absolutamente inocente cuyos paradigmas están incluidos en los números 2.º y 3.º del art. 429 del C.P.: “cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación” y “cuando fuere menor de doce años cumplidos”. Lo que reconduce al esclarecimiento del sentido de la rúbrica del Título IX: se trata tanto, desde la perspectiva de la víctima, de la protección de su libertad sexual como de la protección de la imposibilidad física o jurídica de usarla. A modo de una patente de invulnerabilidad.

Esta protección de la libertad y de su ejercicio explicaría que la innovación de la reforma penal de 1989 relativa a la supresión del perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho del menor o del enajenado como causa de extinción de la responsabilidad criminal consuma el tránsito desde la privacidad de estos delitos hasta su oficialización pública. Por un lado, el mantenimiento del perdón favorecía la posibilidad de extorsiones tanto a iniciativa del victimario como de la víctima, por otra parte la posibilidad de evitar el proceso por medio del perdón preserva la intimidad de la víctima⁴.

A un lado de que el efecto de exposición pública, imparable en el mundo de la intercomunicación, va siendo asumido como factor de la vindicta social contra esta clase de crímenes, ésta que los victimólogos denominan “victimación secundaria” como la que sufre la víctima en el proceso al sufrir la reproducción del crimen en su papel de testigo en presencia del agresor, —evitable gracias a cada vez más astucias forenses— tiene el efecto quizás más grave de impedir la reparación de las consecuencias del delito.

Si hay un crimen cargado de posibilidades casi fatales de socialización del interés de la víctima, éste es de violación, cuando además perecen las víctimas en

4. Obra citada en la nota 1, pp. 187 a 188 del Profesor Orts Berenguer, que redacta el capítulo sobre los delitos sexuales.

circunstancias especialmente siniestras. Hace un año, cuando el 27 de enero de 1993 se encontraron cerca del pueblo valenciano de Alcásser los cádaveres de Miriam, Toñi y Desirée, desde ese mismo momento el que se iba a llamar el crimen de Alcásser se convirtió en el paradigma del reenvío que se produce del control social de la desviación por el Estado hacia instancias sociales primigenias fronterizas más o menos con la venganza de la sangre pero que en todo caso colocan a la sociedad en situación victimógena y en trance de que la situación se voltee hasta su antítesis: la situación criminógena. Recuérdese que dicho desplazamiento no dejó incólume ni a algunos ministros del Gobierno de la nación, como testimonió la esperpéntica apropiación que el de Interior Sr. Corcuera hizo de la frase de Eugenio d'Ors, en esta ocasión refiriéndose a los permisos carcelarios, como experimentos que deben hacerse con gaseosa en lugar de con champaña. Felizmente el escritor y Profesor de Ética D. Fernando Savater escribiría unos días después entre otras interesantes reflexiones sobre la asunción de la venganza por la muchedumbre que "... nada deshonra tanto a un gobierno mínimamente progresista como este despliegue de *es-tentórea* firmeza contra garantías que son la definición y el prestigio de un Estado de derecho, mientras da muestras reiteradas de comprensiva benevolencia ante las corrupciones que lo desmiente"⁵.

La socialización gregaria de los intereses de la víctima en un plano general condiciona extensiva e intensivamente la elaboración del Derecho Penal adecuado al Estado democrático de derecho. Extensivamente a través de una hipertrofia de los tipos penales e intensivamente aumentando la respuesta sancionadora y premiando las propuestas escépticas de los que consideran fracasada la historia del tratamiento del delincuente y meras proclamaciones idealistas los compromisos constitucionales de reeducación y reinserción social del delincuente (en la Constitución española su art. 25.2). El mecanismo de retroceso de los objetivos humanistas de la legislación penal y penitenciaria modernas se debe paradójicamente a la misma necesidad oportunista del sistema, ya que el Parlamento diseña la política criminal que la Administración de justicia debe poner en práctica y gran parte de los electores en los tiempos del miedo y el refugio en la privacidad se identifican con la desneutralización de las víctimas.

En el plano particular por paradigmático de los delitos contra la libertad sexual obsérvese cómo las penas que establecen los Códigos Penales contra los autores del delito de violación son más duras en aquellos países de más breve tradición democrática, claro, dentro del entorno de los países democráticos: En Italia, se prevé

5. El artículo de Savater se publicó el 17 de febrero de 1993 en *EL PAIS* y el subrayado es suyo. El ejemplo más sintomático del deslizamiento del control social en manos del Estado hacia las zonas pretéritas de la venganza privada, aunque subjetivamente muy justificado, lo notifica el mismo diario un año después del crimen —23 de enero de 1994— en una visita de su corresponsal Amelia Castilla a Alcásser: "F.G. —el padre de una de las víctimas— reitera que proseguirá su campaña de recogida de firmas hasta que cambien las leyes —'tal vez esté salvando la vida de otras niñas'— y los violadores sean considerados como terroristas o narcotraficantes sin posibilidades de redención. ¿Y luego? 'Pues después, a buscar a los asesinos de mi hija' "... "Ya ha conseguido tres millones de firmas y ha recibido más de 20.000 cartas. Las hay de etarras que dicen estar de acuerdo con él, porque ellos también son padres..."

la pena de reclusión de tres a diez años, la “congiunzione carnale” con persona que no haya cumplido los 14 años, que no haya cumplido los 16, si el culpable es el ascendiente o tutor (art. 519 C.P.R.I.). En Francia la reclusión criminal de cinco a diez años y la de diez a veinte años cuando concurre alguna de las circunstancias relacionadas en el art. 332 C.P.: que la víctima sea menor de 15 años, que sea amenazada con un arma, que sea particularmente vulnerable debida a deficiencia psíquica... En la República Federal Alemana se castiga como violación con pena privativa de libertad de dos años al menos, al que, con violencia o con la amenaza de un peligro actual, impele a una mujer a tener con él o con un tercero una relación sexual extramatrimonial; se castiga como coacción sexual, con pena privativa de libertad de uno a diez años, a quien, por los mismos medios, constriñe a una persona a realizar actos sexuales —artículos 117 y 118 del C.P. alemán—. Existen otros supuestos, con penas inferiores. Y el art. 201 del Código Penal de Portugal castiga la violación con pena de prisión de dos a ocho años y prevé penas inferiores para otros supuestos de agresión sexual.

Como ya se habrá advertido, la pena de reclusión menor —que discurre de doce años y un día a veinte años— prevista en el art. 429 del C.P. español sólo es equiparable, pero por arriba, a la prevista en el Código Penal francés concediendo al juzgador menos posibilidades de matización.

La buena prensa que obtiene la escalada a la severidad en esta clase de conductas que conmocionan a la gente, originando ese fenómeno de retroalimentación entre el público horrorizado y los medios de comunicación, reduce el derecho penal a esa función simbólica de la que habla Hassemer. Dicho de otro modo, eleva las penas hasta límites máximos sobre el papel de los códigos a modo de fetiche para conjugar el mal, sin preocuparse gran cosa de establecer una serie de medidas terapéuticas más aptas para remediar las consecuencias de este tipo de delitos, y evitar que los condenados los repitan.

La contradicción diferencial entre la exigencia de un derecho penal retributivo y otro preventivo en el sistema de Hassemer⁶ en mi opinión no es que el primero tome en consideración a la víctima, porque en ella se haya realizado el hecho injusto que se trata de retribuir y que un derecho orientado a la prevención esté obligado a neutralizar a la víctima. No es así, aun siendo un fenómeno censado por la experiencia social que la socialización de los intereses de la víctima ante determinadas conductas distorsionadoras puede producir tal presión insoportable sobre la administración de justicia que trastorne la política criminal del Estado, hasta instalarla en el papel simbólico de la escalada represiva, porque el derecho orientado a la prevención no mentaliza a la víctima necesariamente.

Parece acontecer una cierta confusión entre el olvido histórico de la víctima como alter ego del victimario y la resistencia gubernamental necesaria hacia la exigencia vindicativa de su interés socializado. Claro que la confusión se produce cuando la política criminal del Estado está marcada por el oportunismo electoralista y hasta cuando, en mejor supuesto, el derecho penal se reduce a política criminal a secas.

6. Obra citada *Fundamentos de Derecho Penal* (pp. 95 y 96).

En este orden de cosas, la llamada actualmente recuperación del interés de la víctima, si se exagera como hemos apuntado, corre el riesgo de difuminar al tradicional pero insoslayable protagonista de la tragedia, el agresor. Bernd Schünemann, preguntándose si es sustituible la categoría de la culpabilidad por la prevención general y recordando que en un derecho penal preventivo la intervención penal del Estado no la puede desencadenar sólo la culpabilidad sino “únicamente” la necesidad preventiva de la pena, añade —como si de un a pesar se tratase— que la pena criminal debe legitimarse de modo que “su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento de la existencia social del mismo, aparezca como una medida justa y defendible frente a él”. El referente de la fundamentación constitucional del argumento me parece que para el autor alemán es el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn —el respeto a la dignidad humana del ciudadano individual—⁷. Para nosotros sería el art. 1 de la Constitución Española en tanto que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad, el 10 C.E. la dignidad de la persona y el ya citado 25.2 C.E. que contiene la orientación justificativa y la finalidad de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad.

En breve conclusión: en los supuestos más graves de estos delitos contra la libertad sexual, que estallan hasta perturbar el entendimiento humano cuando se asocian con prácticas y resultados aniquiladores, se revela más claramente que en otros la confluencia tensionada del irremediable protagonismo de las víctimas aunque no hayan sobrevivido, de su vindicación socializada, de los agresores y de la Administración de Justicia en su sentido más amplio. Por una parte no es difícil justificar la utilidad funcional de las penas más aniquiladoras si se aceptan por razones políticas las presiones del interés socializado de las víctimas. Entonces tendremos un derecho penal retributivo. Más difícil será la aceptación del interés socializado de las víctimas desde puntos de vista axiológicos, pero también desde las perspectivas de los Estados democráticos de derecho, que no pueden escindir los fines políticos de los medios jurídicos aunque el equilibrio entre todos los factores sea francamente arriesgado y siempre inestable.

7. Nos estamos refiriendo al ensayo del Profesor Bernd Schünemann “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, incluido en el libro colecta que compila el citado: *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales —Estudios en honor de Claus Roxin—* Ed. Tecnos, Madrid 1991, pp. 158 a 162.