

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ (Madrid, 1960), es Doctor en Derecho con la calificación de Apto *Cum Laude* por la UNED (1985), Abogado en ejercicio, Profesor-tutor del Centro Asociado de la UNED en Tortosa; Director del Área procesal-penal y de la Escuela de Práctica Jurídica de Tarragona, Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica Guillem M^a. de Broca de Reus.

Es autor de varios libros: *“El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993. (Segunda edición); *“Dilaciones indebidas y derecho penal”*. Akal/iure, Madrid, 1997; *“Aproximación al código Penal de 1995”*. Colegio de Abogados de Tarragona, 1999; así como de numerosos estudios (*“Perdón y delitos contra la honestidad”*. CADUP, Tortosa 1987; *“La medida de prisión provisional: la privación de libertad sin condena”*. CADUP, Tortosa 1988; *“En torno a la Ley Orgánica de 24.marzo.1988 de Reforma del Código Penal sobre tráfico ilegal de drogas”*. Revista Actualidad Penal, 1988; *“En torno al delito de injurias”*. Escuela de Periodistas de Tarragona, 1989; *“Breve análisis de las novedades introducidas por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal”*. Revista Actualidad Penal, 1989; *“La libertad condicional en el Derecho español”*. Revista Actualidad Penal, 1990; *“La droga: fracaso de la vertiente represiva”*. Constantí, 1990; *“La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales”*. Revista Actualidad Penal, 1991; *“Reflexiones en torno al Borrador de Anteproyecto de parte general del Código Penal”*. Revista Actualidad Penal, 1991; *“La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda”*. Revista Actualidad Penal, 1992; *“La injustificada criminalización del cannabis”*. Ajoblanco, 1995; *“Novedades del Código Penal de 1995”*. Tarragona, 1996; *“Entrada y registro domiciliarios en el proceso penal”*. Revista de Derecho Penal y Criminología”. Facultad de Derecho UNED, 1996; *“Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”*. Actualidad Penal, 1998; *“Recurso de amparo? No, gracias. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18.diciembre.2000)”*. Forum Jurídico, 2001; *“El nuevo juicio de faltas (Ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre)”*. Tortosa. CADUP Digital, 2002/03; *“De nuevo sobre la prisión provisional: las reformas de 2003”*. Revista de Derecho Penal, Valladolid, 2004, entre otros.



Delitos sexuales

Anteproyecto de reforma del código penal de 2008. Defensa en procesos con víctimas menores. Castración química.

Javier Ignacio Prieto Rodríguez

DELITOS SEXUALES
ANTEPROYECTO DE REFORMA
DEL CÓDIGO PENAL DE 2008.
DEFENSA EN PROCESOS CON VÍCTIMAS MENORES.
CASTRACIÓN QUÍMICA.

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CENTRO ASOCIADO DE TORTOSA

DELITOS SEXUALES
ANTEPROYECTO DE REFORMA
DEL CÓDIGO PENAL DE 2008.
DEFENSA EN PROCESOS
CON VÍCTIMAS MENORES.
CASTRACIÓN QUÍMICA.

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho. Abogado
Profesor-Tutor Derecho Penal I y II
Universidad Nacional Educación a Distancia, C. A. de Tortosa
Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Tarragona y Reus

2009

Primera edición, diciembre de 2009

© Javier Ignacio Prieto Rodríguez

e-mail: jprieto@tortosa.uned.es

ISBN: 978-84-930671-8-2

Depósito legal: T. – 1.314-2009

Edita: UNED-Tortosa. C/ Cervantes, nº: 17, 43.500 TORTOSA

Imprime: **Cooperativa Gráfica Dertosense,**

C/ Cervantes, nº: 21, 43.500 Tortosa.

Tel.: 977 44 00 28 · Fax: 977 78 39 22

e-mail: graficadertosense@hotmail.com

Impreso en España

Printed in Spain

<p>Reservados todos los derechos de publicación en cualquier idioma. La reproducción total o parcial de esta obra mediante cualquier procedimiento, ya sea mecánico, óptico, reprografía o bien tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares por medios de alquiler o préstamo, están rigurosamente prohibidos sin la autorización escrita previa del autor, excepto citas, siempre que se mencione su procedencia, y serán sometidos a las sanciones establecidas por la ley. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de su titular, salvo excepción prevista por la ley.</p>
--

La publicación de este libro ha sido posible gracias al patrocinio de las siguientes instituciones:



**Universidad Nacional de Educación
a Distancia**



**Ajuntament
de Tortosa**



DIPUTACIÓ DE
TARRAGONA



Excm. Ajuntament de Cambrils



Metròpolis S.A. de Seguros

 **Caixa Tarragona**

Sumario

Prólogo.....	9
I.- Introducción	11
II.- Regulación vigente. Tipos	17
III.- Anteproyecto de Código Penal de 2008. Libertad vigilada. Delitos sexuales contra menores.....	32
IV.- Protección del menor y derecho de defensa en procedimientos por delitos sexuales.....	55
V.- Prevención de la reincidencia. Penas y medidas de seguridad. Protección de la sociedad versus derechos del delincuente sexual	79

Prólogo

Los delitos sexuales devienen singularmente llamativos, con importante eco social, cuando los perjudicados son niños o menores de edad. Aborda el presente estudio la incidencia que en la sociedad española, con la consiguiente reacción de los poderes públicos, ha despertado hechos en los que el ataque a la integridad o libertad sexual ha afectado a menores, seguidos en algunas ocasiones de su posterior asesinato u homicidio.

Tras un sucinto repaso a los tipos sexuales vigentes, con reseña de los cambios legislativos más destacados desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se destacan las novedades previstas en el Anteproyecto de Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros de 14.noviembre.2008. La proyectada reforma se muestra especialmente sensible frente a la demanda social, que postula el incremento de penas para pederastas, con mayor protección de víctimas y del resto de la sociedad. Acentuando el fin de expiación de la pena, la neutralización a toda costa del “delincuente sexual”, se olvida necesidad de articular nuevas medidas para lograr alcanzar los objetivos de prevención especial, no alcanzados con el cumplimiento de penas privativas de libertad, a pesar de la onerosidad de éstas. En esta línea destaca singularmente la pretensión de introducción de la pena de libertad vigilada, cuya duración puede extenderse hasta veinte años, con clara relación con otras instituciones ya vigentes y la tendencia al incumplimiento íntegro de las penas (ancladas simplemente en el fin retributivo).

La especificidad de la delincuencia sexual contra menores conduce a la consagración de un nuevo capítulo en el Título VIII del Código a los abusos y agresiones sexuales cometidos contra los mismos.

El proceso se convierte frecuentemente en una doble victimización del menor agredido sexualmente. Las exigencias derivadas del derecho a un procedimiento equitativo (que pasa por la necesidad de práctica de prueba en juicio, respetando las garantías de contradicción, publicidad e inmediación), de un lado, y la protección de los intereses del sujeto pasivo del delito –especialmente, menores, velando por evitarles cualquier menoscabo a su integridad física o psíquica, de otro, imponen un equilibrio en la dialéctica, a establecer en cada caso concreto. Se abordan las últimas soluciones jurisprudenciales.

Por último, partiendo de la alta tasa de reincidencia de delincuentes sexuales, se analiza la polémica en torno a la legitimidad de la decisión de arbitrar medidas de prevención general, de protección de la sociedad frente a ataques sexuales, ante el fracaso resocializador de la prisión. Se valora la oportunidad de lograr el consentimiento del sujeto en orden a colaborar en un tratamiento eficaz, anulando o neutralizando el apetito sexual, evitando en la medida de lo posible la recaída criminal.

Tortosa, septiembre de 2009

EL AUTOR

Primero.- Introducción.-

A golpe de noticias escandalosas y comprensibles lamentos públicos y muestras de dolor de perjudicados –últimamente y en nuestro país pederastia sobre menores con posterior asesinato, con alarmantes fallos en algún caso del sistema judicial¹– se declara la voluntad política de “*solucionar de una vez por todas el tema de los delincuentes sexuales*”. Las propuestas en dicho ámbito abandonan frecuentemente los tradicionales y tan denostados fines asignados al cumplimiento de las penas privativas de libertad (ex art. 25 Constitución: reeducación y reinserción sexual, identificables con el aprender a vivir en libertad en el seno de la sociedad, sin transgredir la ley penal), por entenderlos fracasados. Las tesis más radicales abogan por la sustitución de aquellos objetivos penológicos, ante “*situaciones que hacen hervir la sangre*” por cadenas perpetuas, castraciones químicas o incluso físicas y hasta la pena de muerte.

¹ Me refiero al caso “**Mari Luz Cortés**”. Agresión/abuso sexual con posterior asesinato llevado presuntamente a cabo por Santiago del Valle. En junio de 2008 fue condenado por el Juzgado de lo Penal de Gijón por delitos de abuso sexual y coacciones a menor de 13 años, previa conformidad, a penas de 18 meses de prisión por el primer delito y de 12 meses por el segundo, con prohibición de acercamiento a menos de 500 metros a la perjudicada e indemnización en 12.000 €.

No era la primera condena de quien la prensa catalogó como “*Pederasta y asesino*”.

Por abuso sexual existía condena previa al luctuoso hecho que acabó con la vida de la pequeña Mari Luz. Condena incumplida. Quedó clara en el caso concreto la ineficacia de un sistema judicial, sinceramente en peligro al no cumplir ni siquiera los fines que le son propios: la adecuada tutela judicial, la eficaz protección de la sociedad, a articular en un proceso equitativo.

El presunto asesino –publica “El Mundo”. 2.4.2008– llevaba eludiendo la Justicia seis años. Por abusos sexuales a su propia hija cometidos en 1998 fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. UNO de Sevilla cuatro años más tarde a pena de 2 años y 9 meses de prisión. Interpuesta apelación por la defensa, la Sección Séptima de la capital andaluza tardó tres años en confirmar la sentencia.

A la hora de ejecutarla, el condenado se encontraba en paradero desconocido.

Hubo una segunda condena por tocamientos a otra niña en Sevilla, pero no se decretó su prisión porque al no ser la primera sentencia firme, no constaban antecedentes.

La familia inició una campaña de recogida de firmas propugnando la creación de un registro de pedófilos y el endurecimiento de las penas. El Gobierno –que reconoció la existencia de errores judiciales– anunció la creación de un registro de pederastas y el –últimamente frecuente remedio– “cumplimiento íntegro de las penas”.

En concreto, con relación a los bautizados como “*delinquentes sexuales*”, de los que se predica alto riesgo de reincidencia –dato que por desgracia es real, según la estadística criminal–, se ha propugnado cómo “*panacea*” la castración química. Algunos, olvidando los límites del contrato social, incluso defienden la quirúrgica (la “*guillotina fálica*”)².

En EE.UU. se sigue un sistema de registro de delinquentes sexuales en internet y se da aviso a los vecinos. Auténtica notificación pública de la presencia de delinquentes sexuales cuando han salido de prisión, fruto de la llamada Ley Megan³.

Los delinquentes sexuales que abandonan la prisión, tras cumplimiento de su pena –que puede extenderse hasta 30 años– están obligados a registrarse ante la oficina del sheriff de su distrito (fotografía, huellas dactilares, declaración de domicilio,...). Incluso se cursa aviso al vecindario mediante carteles, alertándoles de que allí vive una persona con antecedentes por delito sexual.

Los permisos carcelarios son extraños en EE.UU. para los delinquentes sexuales, excepción hecha de casos de exhibicionismo.

El procedimiento sin duda es asaz oneroso y, a nuestro entender, atentatorio en gran medida contra la dignidad de la persona, que arrastra tal “*marcaje*”

² Este tipo de castración se conoce desde tiempos inmemoriales. Fue frecuentemente utilizada en Europa, Medio Oriente, India, África y China, por razones religiosas o sociales. Tras la batalla, los ganadores castraban a los prisioneros o a los muertos, para simbolizar su victoria y dejar claro su poder. La religión judía se oponía totalmente a esta práctica.

Los comerciantes de esclavos africanos habitualmente castraban a sus esclavos para incrementar su precio de venta. Para ello, negaban cualquier líquido a la víctima durante un día o dos, les extraían los testículos y después usaban un hierro caliente para cicatrizar la herida.

En Europa, cuando no estaba prohibido a las mujeres cantar en público, se castraba a los niños para prevenir que perdieran la calidad de sus voces en la pubertad. Se les llamaba “*castrati*” e intervenían habitualmente en los coros de iglesias y capillas, como en la Capilla Sixtina.

Durante el periodo nazi, se realizaron castraciones en algunos campos de concentración.

En la cultura china, son famosos los eunucos, aludidos en la Biblia. Eran hombres al servicio del emperador o emperatriz quienes al entrar en servicio pasaban por esta especie de prueba de fidelidad. Tenían diversas funciones dentro del palacio. Sus gónadas una vez amputadas eran depositadas en un cofre, con los que eran enterrados al fallecer, simbolizando así “*morían enteros*”. Los eunucos también existieron en Egipto antiguo y en Grecia.

La castración en humanos ha sido propuesta, y a veces usada, como un método de control de natalidad en las regiones más pobres del planeta.

³ Aprobada por el Congreso en 1996, durante el mandato CLINTON, tras el impacto provocado por el asesinato de la niña MEGAN CANCA, de 7 años, a manos de un hombre, que, previamente condenado por violación, una vez salió de la cárcel se instaló delante de la casa de la víctima en Nueva Jersey. Los padres iniciaron una incansable lucha para lograr la actuación del congreso.

público” una vez expiada su culpa. No obstante, se otorga prioridad a la prevención de ulteriores delitos.

En algunos estados, –California, Florida, Georgia, Oregón y Wisconsin– se practica, si el juez lo estima necesario, la castración química a los reincidentes.

El procedimiento de castración química –mediante la administración periódica de inyecciones de Depo-Provera que reducen el nivel de testosterona– cuenta con muchos detractores. Deja de surtir efecto si cesa la medicación y, además si bien el impulso sexual disminuye, no ocurre lo mismo con los instintos violentos.

En Francia, el también espeluznante caso de Michel Fourniret (*el monstruo de las Ardenas*), con una decena de muertes a sus espaldas pese haber sido encarcelado tres veces, así como el de Pierre Bodein (*Pierrot el loco*), implicado en el asesinato de tres mujeres en Alsacia tras su excarcelación anticipada, reactivó la presión en favor de un endurecimiento de las leyes.

El impacto social derivado de estos casos llevó a defender a algunos sectores posiciones extremas, que contemplaban desde el restablecimiento de la pena de muerte hasta la implantación de un chip en el cuerpo de los delincuentes más peligrosos. Desde 1998, se instaura como obligatorio un seguimiento a los reincidentes sexuales, que abandonan la prisión, incluyendo atención médica a cargo de dos facultativos. Tras las últimas reformas legislativas, todo condenado por este tipo de delitos viene obligado a declarar cualquier cambio de domicilio. Se creó un fichero específico de delincuentes sexuales. Se ampliaron las facultades policiales para obtener las huellas biológicas (ADN) de los implicados en este tipo de crímenes, aunque no hayan sido formalmente condenados.

Se ha publicado que la delincuencia sexual es la primera causa de prisión en Francia. Los delincuentes sexuales constituyen el 24 % de la población carcelaria, con un crecimiento del 105,6 % entre el año 1995 y 2003.

NICOLAS SARKOZY declaró no tener miedo a plantear que los pederastas sean sometidos a una castración química o

tratamiento hormonal, si no desean pasar su vida entre rejas o en un centro hospitalario.

En Gran Bretaña se implantó el control con tecnología GPS. El gobierno puso en práctica un programa piloto para seguir los movimientos de pedófilos, violadores y otros delincuentes sexuales, utilizando esta tecnología. De esta forma, la etiqueta o pulsera electrónica informa de su paradero a un ordenador central, haciendo saltar las alarmas cuando se aproximan a zonas prohibidas o incumplan las condiciones impuestas para su libertad condicional.

A cambio de libertad provisional o imposición de una sentencia de servicios comunitarios (en lugar de pena de prisión) los delincuentes aceptan por escrito someterse a este plan de seguimiento vía satélite. Uno de los principales objetivos es impedir que los pedófilos se aproximen a colegios y centros de recreo infantil.

A pesar del carácter orwelliano del plan, los grupos pro derechos humanos no expresaron oposición porque permite que una serie de delincuentes se encuentren en libertad vigilada, y no en la cárcel.

El Gobierno Británico operó asimismo desde 1997 un registro de delincuentes sexuales en el que figuran 24.500 nombres. Para su inscripción no es necesaria sentencia⁴.

El derecho penal alemán no estipula penas específicas para delincuentes sexuales, pero prevé la posibilidad de ampliar la estancia en prisión de personas que en libertad podrían resultar peligrosas para sus víctimas o la comunidad. La llamada "*custodia de seguridad*", incorporada al Código Penal germano, permite que muchas personas cumplan condenas más largas de lo estipulado. Tras las últimas reformas legislativas, la ley puede aplicarse no solo a los reincidentes, sino también a los condenados por primera

⁴ Alcanzó eco público el caso del rockero del grupo WHO, Peter Townsend, por visitar páginas web de Internet con contenido pedófilo.

vez (entre ellos, a los violadores, siempre que la pena inicial haya sido superior a los cinco años de prisión).

En Australia, existe un registro nacional de autores de delitos sexuales. Las autoridades pueden encerrar al delincuente sexual de forma indefinida, impedirles la relación con el exterior sin un supervisor y recomendarles la castración química voluntaria.

Los condenados por delitos sexuales acceden, en ocasiones, a un tratamiento de castración química. Consiste en el suministro de fármacos –Androcur– que reducen la libido. La opción es voluntaria. Hay detractores, al denunciarse que los penados se someten al tratamiento para acceder a la libertad condicional y, en consecuencia, presionados.

En Italia, los delincuentes sexuales encarcelados tienen la misma opción de obtener permisos que los autores de otros delitos si *“han manifestado un constante sentido de responsabilidad y corrección en el comportamiento personal, en las actividades organizadas en los institutos y en las eventuales actividades de trabajo y cultura”* (*“permisos premio”*).

El Fiscal **PIETRO FORNO**, procurador adjunto del Tribunal de Turín e impulsor del principal movimiento de fiscales antiviolencia sexual, se declaró *“poco propenso a conceder estos permisos, dada la alta probabilidad de reincidencia de los autores de estos delitos”*. En cualquier caso, la concesión de permisos depende en definitiva de los Tribunales de vigilancia.

En Cataluña, la Generalitat en 2007 procedió al estudio de la castración química para pederastas y violadores. CIU y el PP se mostraban a favor de que se buscaran medidas para prevención de agresiones sexuales.

La Consejería de Justicia y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) debatieron en septiembre de 2007 sobre la castración química como medida para controlar a los agresores

sexuales reincidentes. El debate coincidió con el anuncio hecho por Nicolas Sarkozy de introducir la castración química en el caso de los pederastas reincidentes.

Diversos factores concurren en el delincuente sexual:

- Mayor impulso sexual por aumento de testosterona en la sangre, que puede ser corregido o inhibido.
- Mayor componente agresivo.
- Indefinición de su identidad sexual, que puede conducir a su interés en la exploración de diversos estímulos sexuales.
- Mayor impronta de factores socioculturales, como es el caso de las expectativas de un comportamiento como varón, asociadas a un impulso sexual fuerte.

En la violencia sexual convergen factores esenciales: psicológicos (imposibilidad de conseguir la excitación sin el uso de la violencia); falta de autocontrol; déficit en la autoestima sexual; ausencia de empatía sexual, que puede conducir a una distorsión cognitiva que justifique la agresión; la historia personal como víctima de abusos sexuales...

También factores sociales (el prestigio de la violencia en ciertos grupos de individuos y grupos sociales; la cosificación de la mujer...).

Y factores situacionales (contagio emocional de la vivencia grupal; pérdidas de autocontrol tras ingesta de sustancias...).

No parece por ello correcto preconizar como única panacea la castración química con olvido de complementario apoyo médico y psicológico.

La castración química se diseñó en principio para el tratamiento de cáncer de próstata avanzado. Mediante la castración química se utilizan unas sustancias que bloquean la producción de testosterona en los testículos. El fármaco actúa en el cerebro del individuo, en la glándula hipófisis, inhibiendo la producción de la hormona.

La testosterona es una hormona esencial para un correcto funcionamiento de la sexualidad masculina. Cuando desaparece del

organismo hay disminución del impulso sexual o de la libido en el hombre.

Los tratamientos pueden ser administrados por inyección o en forma de tableta.

Uno de éstos es el acetato de ciproterona, píldora que se toma diariamente y que a menudo se receta a mujeres con desequilibrios hormonales.

La principal desventaja de esta terapia es su éxito. Depende de que el paciente tome el medicamento diariamente, lo que implica necesidad de vigilancia y control próximos.

La segunda opción es una inyección mensual, administrada en el glúteo (de un medicamento llamado leuprorelina o acetato de leuprolide).

La castración química también se ha llevado a cabo con la aplicación de un progestágeno llamado acetato de medroxyprogesterona, anticonceptivo inyectable que contiene una forma sintética de la hormona femenina progesterona.

Se defiende que tales inyecciones pueden prevenir la reincidencia de delitos sexuales.

En el lado negativo, se apunta como este tipo de tratamientos inhiben la producción de testosterona, favorecen el desarrollo de las características femeninas de la persona... No pueden seguirse aisladamente, reclamando apoyo psiquiátrico y personal.

No hay pruebas científicas que confirmen que tales tratamientos sean realmente exitosos.

Segundo.- Regulación vigente. Tipos.-

El Título VIII, del Libro II (arts. 178 y ss) del Código Penal regula los llamados “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Se abandonó la rúbrica histórica “*Delitos contra la honestidad*”, vigente hasta la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Quedó claro

el desplazamiento del bien jurídico: moral sexual por el de “*libertad sexual*”. Entendida ésta como la capacidad de autodeterminación del ser humano en el ámbito sexual.⁵ A la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, obedece la actual rúbrica: “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Dos son los bienes jurídicos protegidos: la libertad sexual propiamente dicha (capacidad del ser humano de autodeterminarse libremente en el ámbito sexual) y la indemnidad o intangibilidad sexuales (exclusión de determinados colectivos de la actividad sexual con terceros). En este último supuesto se presume falta de capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual, contemplando especialmente menores e incapacitados, con una clara opción legislativa: exclusión de los mismos del ámbito de la sexualidad.

En estos casos, en consecuencia, antes que la libertad sexual propiamente dicha, se castiga la realización de las conductas típicas ante la falta o anulación de aquella capacidad decisoria. Presunción *iure et iure* de ausencia de capacidad para prestar consentimiento al acto sexual en menores de 13 años (art. 181.2 CP⁶) y presunción *iuris tantum* –que admite, en consecuencia, prueba sobre la existencia de libertad sexual en el sujeto pasivo– en el caso de “*personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*”.

En esta dirección la Exposición de Motivos de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, incorporaba una somera referencia a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual: “*se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente*”.

⁵ Sobre el alcance de esta reforma Vid. **PRIETO RODRÍGUEZ, J.I.**, “La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales”. En Revista Actualidad Penal. “Actualidad Editorial, S.A.”, núm. 9, año 1991, marginal IX.

⁶ De 12 años, en la redacción original del Código Penal vigente.

En el Código Penal vigente, desaparece toda referencia a la protección de un concreto determinado orden moral, singularmente de carácter colectivo. Incluso figuras relacionadas históricamente con la moral sexual colectiva, reclaman afectación a los bienes objeto de protección. V.gr., el delito de exhibicionismo y provocación sexual requiere la realización de los actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces.

El título acoge las siguientes modalidades de ataque a los bienes descritos:

- **AGRESIONES SEXUALES** (Capítulo I –arts. 178 á 180–).

El tipo básico contempla la agresión sexual simple, conminada con pena de uno a cuatro años de prisión. Reclama contacto corporal entre sujeto activo y pasivo.

El contenido sexual del acto se determinará fundamentalmente por el ánimo lúbrico o lascivo (contacto de órganos genitales, actos tendentes a penetración en cavidades con connotaciones sexuales...).

Sujeto activo y pasivo pueden ser tanto la mujer como el hombre, incluyendo a la persona prostituida o al propio cónyuge. Ello, ante la clara opción legislativa por la tutela de la libertad sexual, de la que indudablemente gozan éstos.

Desaparece toda posibilidad de exclusión de personas que la regulación legal anterior había permitido poner en duda (prostitutas, un cónyuge por el otro...). El cónyuge o el miembro de una unión de pareja es objeto de protección toda vez que el matrimonio o la unión de hecho no impone a ninguno de los cónyuges/convivientes una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al otro (entre otras STS. 13.11.1986, 17.3.1987, 14.2.1990, 24.4.1992, 23.2.1993,...). Gráficamente apunta la STS 1843/2000, de 30 noviembre:

“Es fácil comprender que el encausado pudiera tener la idea de que las prestaciones sexuales dentro del matrimonio son derechos y obligaciones recíprocas, pero lo que ninguna persona normal (y el imputado lo es) puede

pensar es que esas prestaciones han de ser impuestas por la fuerza y a punta de navaja ante la negativa de la mujer, máxime cuando la vida en común ya no existía”.

El acto reclama la presencia de violencia o intimidación (vis absoluta o física), o amenaza de causar un mal (vis moral).

No puede haber duda sobre la concurrencia del elemento fuerza, en cualquiera de sus modalidades, dado que en caso contrario podría acudir a lo sumo a la conducta de abuso sexual.⁷

En el plano subjetivo debe concurrir la voluntad y conocimiento de la agresión sexual.

Si el sujeto obra con *animus yacendi* o de acceso carnal, entraríamos en el ámbito de la tentativa del tipo cualificado del art. 179 CP.

Contempla la violación propiamente dicha (*nomen iuris* reinstaurado por Ley Orgánica 11/2003).

Recoge la regulación las tres vías de acceso carnal (vaginal, anal o bucal), que equipara a la introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías (vaginal o anal). Pena asignada: prisión de seis a doce años.

Respecto a la acción, es equivalente acceder que hacerse acceder, como confirmó el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27.5.2005.⁸

⁷ En este sentido, Sentencia Tribunal Supremo 182/1999 (Sala de lo Penal), de 10 febrero. “La expresión «obligó» ha de entenderse, por tanto, en este sentido, no en el de que hubiera habido algún acto de fuerza o amenaza.

Ciertamente a veces es difícil distinguir los casos de abuso sexual (o estupro de prevalimiento), como el aquí examinado, de esos otros en que ha de condenarse por agresión sexual (o violación) por existir intimidación. La frontera entre el prevalimiento de una situación de superioridad y la intimidación es algo que no puede, a veces, conocerse con precisión. Desde luego, si al respecto queda alguna duda en el Tribunal, debe aplicarse la solución más favorable al reo («in dubio pro reo»), en este caso, condenando por estupro y no por violación del Código Penal anterior”

⁸ La sentencia del mismo órgano 1295/2006 de 13 diciembre 2006 concluye:

“El artículo 179 incrementa la pena prevista en el artículo 178 para las agresiones sexuales (con violencia o intimidación), cuando la agresión “consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”. El acceso carnal se ha identificado originariamente con la cópula, esto es, con la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal. Hasta la reforma de 1989, el Código Penal derogado consideraba la violación como el acto de yacer con una mujer una vez excluido su

consentimiento, en alguna de las formas típicas (menor de 12 años, privada de razón o de sentido y con violencia o intimidación). En la referida reforma, el concepto penal del acceso carnal se amplió, al definir el delito de violación como el cometido por aquel que “tuviera acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”, sancionando así algunas conductas en las que el sujeto pasivo podía ser un varón, si bien permanecía la exigencia implícita de que lo introducido debería ser en todo caso el miembro viril para que la conducta pudiera ser considerada como acceso carnal. El Código Penal vigente, en su redacción originaria, sin utilizar la palabra “violación”, agravaba las agresiones sexuales del artículo 178 (atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación), cuando consistieran en “acceso carnal, introducción del objetos o penetración bucal o anal”, con lo que volvía al concepto inicial de acceso carnal al distinguir entre éste y otras penetraciones, también referidas al miembro viril, pero efectuadas por otras vías distintas de la vaginal.

La reforma efectuada por la Ley Orgánica 11/1999 volvió a la situación anterior, pues nuevamente redacta la conducta agravada estableciendo que se apreciará cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a esta conducta la introducción de objetos por las dos primeras vías. Finalmente, la redacción actual procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que mantiene la redacción anterior, si bien introduce nuevamente el vocablo “violación” y añade como conducta equiparada a la introducción de miembros corporales por cualquier de las dos primeras vía.

Por lo tanto, el concepto penal de acceso carnal en la actualidad comprende no sólo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal o bucal.

Para el DRAE, acceso es equiparable a coito, y éste es definido como cópula sexual. Es claro que tales conceptos son aplicables tanto al varón como a la hembra, debiendo entenderse que en casos de cópula, o de introducción del miembro viril en las cavidades ya mencionadas, ambos participantes tienen acceso carnal. Concepto que, de otro lado, coincide con el socialmente aceptado de modo general.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la equiparación del acceso carnal violento con otras conductas se justifica en la similar potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido.

Así entendido el precepto, se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí...

...No existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo.

Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas.

La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones.

En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o a la aprovecha.

Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”, acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS 472/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: “La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los

Cabe la comisión por omisión.

Así lo considera la STS 1136/2005, de 4 de octubre, frente a la conducta de quedarse al margen como espectador, desde dentro del coche que el sujeto había conducido a un lugar deshabitado, mientras otro golpeaba y violaba a una mujer. La STS 31 de enero de 1986 igualmente la admite, considerando autor a quien contempla como sus amigos violan a su pariente (posición de garante), que había cogido en autostop. Si falta tal posición de garante, cabría apreciar el delito de omisión del deber de impedir un delito del art. 450 CP.

En cuanto autoría o participación, “*la penetración*” o “*el acceso carnal*” contemplamos tipos de propia mano, siendo autor en sentido estricto el que penetra, el que tiene acceso carnal o el que introduce miembros corporales u otros objetos por vía vaginal o anal. Ello no obsta a la admisión de todas las formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad), y de la coautoría.

Es coautor el que utiliza la violencia o intimidación (sujetar a la víctima, golpearla, impedir el acceso de terceros para su defensa...).

Tipos doblemente cualificados.

Descritos en el art. 180 CP afectan al tipo básico como al cualificado del precepto anterior.

arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacia referencia y distinguía entre “acceso carnal” y “penetración bucal o anal”, por lo que se entendía que si el sujeto activo “se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo “el que penetraba”. Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”, lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órganos sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo”.

La ratio de la agravación descansa en la inferioridad de la víctima; su vulnerabilidad debido a su edad, enfermedad o su situación de indefensión.

La violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio consume el ataque a la integridad moral, no siendo admisible el concurso delictivo (STS 159/2007, de 21 de febrero).

La circunstancia 2ª (actuación conjunta de dos o más personas) no reclama que todos los partícipes realicen el acto sexual, siendo suficiente con que uno o varios se limiten a ejercer violencia o intimidación mientras que otro lleva a cabo la conducta típica.

La STS 217/2007, de 16 de marzo, al respecto de esta agravante mantiene cómo resulta *“siempre concebible la ejecución de un delito de esas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del repetido principio non bis in idem”*. En la misma línea, la STS 439/2007, de 21 de mayo, que aprecia vulneración del principio *“non bis in idem”* por aplicación del subtipo agravado de participación plural al cooperador necesario.

La circunstancia 3ª hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de “vulnerabilidad personal” excesivamente genérica. Hay claro paralelismo entre las situaciones que contempla y las dos formas comisivas de la violación que describía el antiguo art. 429.2º CP (víctima privada de razón o sentido o abusando de su enajenación) y 3º (cuando fuere menor de doce años cumplidos). La agresión sexual con menor de trece años se configura en todo caso como supuesto de agravación. El

conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima.

El art. 180.3º CP aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación –vulnerabilidad por edad, enfermedad, situación, y en todo caso ser menor de 13 años–. Sólo ésta opera “*con carácter absoluto en casos de ser la víctima menor de trece años. Las demás exigen una cumplida acreditación fáctica*” (STS 217/2008, de 24 de abril).

Habida cuenta de la dualidad de tipificación prevista en el Código Penal, los atentados contra la libertad sexual de menores de trece años deben llevarse al ámbito de la agresión sexual –cuando se hubiese empleado violencia o intimidación– o al ámbito del abuso sexual cuando falten tales elementos. (STS 131/1998, de 9 de febrero).

La circunstancia 4ª incorpora la ejecución del delito mediante prevalimiento, ya derivado de una situación de superioridad, ya por parentesco. Clara referencia al incesto, correlativo al deber de abstenerse de relaciones sexuales con los familiares que contempla el tipo.

La circunstancia 5ª (uso de armas u otros medios peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones susceptibles de ser catalogadas en los arts. 149 y 150 CP) contempla la eventualidad de la gravedad del resultado lesivo, con expresa declaración de coexistencia concursal entre el delito sexual y la que derive del resultado mortal o lesivo.

La concurrencia de dos o más de las circunstancias anteriores motivan la aplicación de la pena en su mitad superior.

ABUSOS SEXUALES (Capítulo II –arts. 181 á 183–)

Concurren ante la ausencia de violencia o intimidación. Constituyen igualmente ataque a la libertad o indemnidad sexuales porque el sujeto pasivo es obligado a un acto que no consiente o actúa con consentimiento viciado.

Tipo básico.

Prevé pena alternativa de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Falta indicación de criterio específico regulador del arbitrio judicial al seleccionar entre ambas penas, más allá del genérico “*circunstancias personales del delincuente*” y “*mayor o menor gravedad del hecho*” (art. 66. 6º CP).

Falta en todo caso consentimiento en el sujeto pasivo. El mensaje de rechazo ha de llegar al autor con claridad y nitidez:

“El rechazo de la víctima no puede sujetarse anticipadamente a reglas estereotipadas que sirvan de arriesgado criterio a la hora de decidir si un determinado episodio sexual ha sido o no efectivamente consentido. Bastará con que la víctima rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. Será indispensable, eso sí, que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual.” (STS 408/2007, de 3 de mayo).

La ausencia de consentimiento deviene elemento del tipo que ha de ser captado por el autor. No es suficiente negativa inicial del perjudicado, sino rechazo al acto sexual genuino.⁹

⁹ (STS. 408/2007, de 3 de mayo):

“El art. 181.1 del CP castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona. La ausencia de violencia o intimidación representa –frente al delito de agresión sexual tipificado en el art. 178 del CP– la nota definitoria sobre la que se construyen las distintas figuras del delito de abusos sexuales. Frente a esa nota diferenciadora, que individualiza el medio ejecutivo en uno y otro caso, ambos tipos penales comparten la ausencia de consentimiento, supuesto sin cuya concurrencia difícilmente podría quedar afectado el bien jurídico protegido, que no es otro que el de libertad sexual. Esa falta de consentimiento se hace evidente, tanto en aquellas ocasiones en las que la víctima no puede prestarlo por hallarse privada de sentido (art. 181.2), como en aquellas otras en las que expresa su rechazo a una relación sexual que, sea cual fuere el motivo, no acepta (art. 181.1). Además de tales casos, en los que la ausencia de consentimiento tiñe de antijuricidad la conducta del autor, no faltan otros en los que es más bien la indemnidad sexual de la víctima o su propia intangibilidad la que queda afectada. En efecto, la necesidad de dispensar tutela penal a supuestos especiales en los que la prestación del consentimiento no debería desplegar ningún efecto legitimante frente a la conducta del autor, ha llevado al legislador a negar la capacidad a la víctima para autodeterminarse en la esfera sexual, ya sea por una razón biológica –el ser menor de trece años–, ya sea por un déficit psicológico –el padecer un trastorno mental–(art. 181.2). De igual modo, pese a su distinto

El sujeto activo debe abusar (conocimiento del estado psíquico del sujeto pasivo, o de su edad) aprovechándose de ese estado. Se reclama dolo, no cabiendo comisión culposa. Ello lleva a concluir cómo la relación sexual con una persona enajenada (abusando de su trastorno mental) no siempre constituye delito, pudiendo no concurrir el elemento subjetivo en la relación de enajenado/a con enajenado/a. No hay exclusión absoluta –como sucede con relación a la minoría de edad de 13 años– del enajenado del ámbito sexual. Es imprescindible valorar las concretas circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

El párrafo 3º del art. 181 contempla el prevalimiento por consentimiento viciado, precisamente por hallarse el sujeto activo

significado criminológico, el legislador ha considerado procedente someter a la misma pena supuestos en los que ese consentimiento existe y se presta por la víctima, pero ha sido obtenido en virtud de una estrategia ejecutiva que saca provecho de la restringida libertad que impone a aquélla la situación de superioridad del autor (art. 181.3). En definitiva, la ausencia de consentimiento o la prestación de un consentimiento considerado inhábil por el legislador, están en la esencia del tipo, sin cuya concurrencia el juicio de tipicidad deviene insostenible.(...)

Bastará con que la víctima rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. Será indispensable, eso sí, que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual.(...)

Los problemas nacen cuando, a partir de la lectura detenida del relato histórico, hay que concluir si la negativa de P., hecha valer mediante la expresión de dos frases (“que no quería, que no lo hiciera”), tiene el significado excluyente necesario para aceptar como integrado el más importante de los elementos del tipo. Es cierto que el examen del factum pone de manifiesto un rechazo por parte de P. a lo que está aconteciendo. Sin embargo, el proceso descriptivo que lleva a cabo el Tribunal a quo no permite, por su parquedad, fijar con precisión el alcance de la negativa y, lo que es más importante, si ésta fue captada por el autor. Los cuatro renglones que se dedican a explicar lo que aconteció en el domicilio de M. describen un hecho que, a su vez, se descompone en seis secuencias cronológicamente sucesivas que, además, tienen lugar sin violencia ni intimidación: a) el procesado estira sobre la cama a P.; b) se coloca encima de ella; c) le baja los pantalones; d) le aparta la ropa interior; e) la penetra vaginalmente; y f) eyacula en su interior. Mientras tales actos se suceden, la víctima –describe el Tribunal a quo– tan sólo acierta a pronunciar dos frases. No enriquece el relato fáctico la escueta afirmación de que la denunciante quedó paralizada. Esa falta de respuesta no añade nada, desde el punto de vista estrictamente penal y en ausencia de cualquier violencia o intimidación, al juicio de tipicidad. (...)

Y no cabe duda de que la ausencia de consentimiento por parte de la víctima es un elemento del tipo que ha de ser captado por el dolo del autor. Pero cuando exigimos que el dolo abarque esa falta de consentimiento no nos estamos refiriendo al rechazo que se proyecta sobre los actos que preceden a la relación sexual propiamente dicha, sino al acto genuinamente sexual, en este caso, a la penetración vaginal. Sólo así la protección de la libertad sexual, bien jurídico protegido en la regulación de los abusos sexuales... adquiere verdadero significado. Resulta indispensable, pues, que el mensaje de rechazo, que es expresión del ejercicio de autodeterminación sexual, llegue al autor con la nitidez y claridad suficientes.”

en posición de superioridad, que manifiestamente coarta la libertad de la víctima.

Abusos sexuales agravados.

Previstos en:

- Art. 181.4 CP (vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o situación, y siempre que sea menor de trece años o para la ejecución del hecho el sujeto activo se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, descrita en el art. 180.4 CP.

Cuando no concurren circunstancias especiales al margen de la edad, la aplicación de este tipo agravado conllevaría vulneración del principio “*non bis in idem*” (STS 793/2004, de 14 de julio).

- Art. 182 CP: Prevé idénticas calificaciones que el art. 179 CP, no existiendo duda, ahora, sobre la posibilidad de que sean tanto sujeto activo como pasivo el hombre o la mujer.

- Abuso fraudulento (estupro), penado en el art. 183 CP, contemplando como sujeto pasivo a persona mayor de trece años y menor de dieciséis. La pena, de consistir el abuso en acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por vagina o ano, se extiende de dos a seis años, que se impondrá en su mitad superior de concurrir las circunstancias ya expresadas de especial vulnerabilidad de la víctima o prevalimiento derivado de relación de superioridad o parentesco, ya definidas en el art. 180 CP.

EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL. **DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y A LA** **CORRUPCIÓN DE MENORES.** **(Capítulos IV y V: arts. 185 á 190)**

La prostitución ni ha desaparecido ni tiene por que hacerlo. Desapareció del Código Penal la tutela del bien “honestidad”, bien que interpretado subjetivamente de forma diferente por quiénes

debían aplicar la ley, a tanto “*escándalo público*” condujo (encarcelamiento de jóvenes por besarse efusivamente en la playa de Chiclana, suicidándose uno de ellos poco después...) La prostitución existe. Es una realidad. Es aconsejable socialmente se lleve a cabo en centros adecuados, cerrados. Se impone abandonar la hipocresía social y reconocer tal realidad, así como la existencia de los lugares dedicados al “sexo” en España, al modo previsto en Holanda (donde las mujeres trabajadoras del sexo se exhiben en escaparates con llamativas luces rojas) y en todo el mundo. A estos lugares las personas que acuden a prestar servicios –como otro trabajo cualquiera– o los clientes que los demandan y acuden a disfrutar lo hacen voluntariamente. Se ha defendido incluso auténtico reconocimiento de la profesión, con derechos laborales, obligación de cotización a la Seguridad social, sanidad, etc.

La tutela de la persona, especialmente de menores de edad o incapaces, se completa con la incriminación de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV) y a los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (Capítulo V).

Con relación al primer grupo, es preciso que los hechos “*se realicen en un contexto sexual susceptible de afectar a algún bien jurídico de carácter individual, en este caso la “indemnidad sexual” de menores o incapaces*”¹⁰, y no por razones de moral colectiva o similar. Es precisa la intención de provocación sexual, como reza la propia rúbrica del Capítulo IV. Se persigue al sujeto pasivo en el contexto sexual que con ánimo lascivo persigue el autor.

La prostitución –trato sexual por precio–, tanto femenina como masculina, reclama la concurrencia de violencia, intimidación o engaño, o abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Por ello, sigue atacándose los bienes jurídicos citados. Con el empleo de tales medios o el abuso de tales

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte Especial”. Valencia, 2001, 13ª edición, págs. 224 y ss.

situaciones se elimina o restringe gravemente la libertad de la persona sexualmente explotada.

En la regulación de los delitos relativos a la prostitución se valora especialmente la condición del sujeto pasivo afectado, con distinta gravedad penológica. Sin duda es mayor el desvalor en la prostitución de menores de edad o incapaces que en la de personas mayores de dieciocho años.

En el ámbito de la pederastia, a partir de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, deviene típica la posesión para uso personal de material pornográfico en cuya elaboración hubieran sido utilizados menores de edad o incapaces.

El título VIII fue objeto de profundas reformas por Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, y 15/2003, de 25 de noviembre.

Rezaba la Exposición de Motivos de la primera:

*“Una proposición no de ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997, ambas a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, ha instado al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para **garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces**, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas. Una recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, abunda en consideraciones similares.*

Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la

cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad”

Con referencia a la legislación vigente desde el 24 mayo de 1996, apuntaba: *“las normas contendidas en el Código Penal (...) relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”*.

Cambió la anterior rúbrica del Título *“Delitos contra la libertad sexual”* por la de *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*, destacando la apuntada duplicidad de bienes jurídicos.

Reintrodujo el delito de corrupción de menores o incapaces, considerando insuficientes las normas relativas a la prostitución. Amplió las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, en relación con menores e incapaces; acomodando las circunstancias agravantes y revisando el sistema de penas. Modificación que afectaba igualmente a los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con fines de explotación sexual.

Dispuso cómo el plazo de prescripción en relación a delitos sexuales relativos a menores comienza el día en que la víctima

alcance su mayoría de edad, “*recordando*” expresamente la regla de concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones/abusos individuales que afecten concretamente a éstos.

Con relación a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la Exposición de Motivos justificaba los cambios en los siguientes términos:

“a) Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.

b) Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual”.

En el ámbito penológico, dio nueva redacción al art. 48 CP (penas de prohibición de residir y acudir a determinados lugares; de aproximación a la víctima u otras personas; de comunicación con la víctima u otras personas), incorporando la posibilidad de control de tales medidas a través de medios electrónicos apropiados.

En sede de delitos contra la libertad sexual, se modifican los arts. 179, 182 á 186 y 189 CP. Añadió la conducta de introducción de “*miembros corporales*”; se sustituyó la desaparecida pena de arresto de fin de semana por la de multa; endureció las penas por el delito de pornografía infantil, e incorporó el tipo penal ya referido de posesión de material pornográfico para el propio uso, cuando hayan intervenido en su elaboración menores o incapaces.

Tercero.- Anteproyecto de Código Penal de 2008. **Libertad vigilada. Delitos sexuales contra menores.-**

El texto del anteproyecto fue aprobado en Consejo de Ministros de 14.noviembre.2008.

Presta especial atención a la tutela de la protección de menores. La reforma aparece condicionada en gran medida por la reciente publicidad en torno a los acontecimientos delictivos violentos sobre menores: ataque a la libertad sexual y posterior homicidio. En este clima opta, ante el debate originado ante aquellos graves acontecimientos con gran impacto social, por primar la vertiente represiva.

Así lo refleja la Exposición de Motivos:

“En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad. A esta circunstancia se suman tanto la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, como la Proporción no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal.”

Desciende un acusado endurecimiento de las penas para los delitos sexuales que afectan a menores.

DURÁN SECO¹¹ destaca cuatro aspectos fundamentales en la reforma:

¹¹ **DURÁN SECO, I.**, “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”. En “La Ley Penal”, núm. 63, septiembre 2009, págs. 18 y ss.

- El endurecimiento de la penas, singularmente en el caso de menores de 13 años.
- La incorporación de la pena de privación de la patria potestad.
- La incorporación de la pena de “libertad vigilada”, y
- La prohibición de adelantamiento del tercer grado a los autores de algunos delitos contra la libertad sexual.

Destacamos las siguientes novedades:

- Libertad vigilada.

Como apunta la COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA EN DELITOS GRAVES¹², se constata “*el incremento de la tendencia penal ante situaciones de riesgo generadas por personas que han sido condenadas por la comisión de delitos graves de tipo violento o sexual*”¹³.

En el Derecho comparado se acude a figuras próximas en el tratamiento de delincuentes sexuales. De ahí que nos detengamos en su análisis.

La introducción del proyectado instituto parte de la afirmación del fracaso de las exigencias de la prevención especial en el marco del cumplimiento de las penas privativas de libertad. El cumplimiento de éstas en numerosas ocasiones “*no logra responder a este objetivo. Esta situación destaca en su gravedad en caso de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte los autores y una grave dificultad en su tratamiento*”. Ello justifica la creación de una nueva pena accesoria, bautizada como “*libertad vigilada*”, que persigue esencialmente lograr la reinserción del sujeto, su vuelta a la sociedad neutralizando el riesgo de reiteración delictiva.

¹² Creada el 31.julio.2007 (Resolución JUS/2362/2007, DOGC núm. 4937, de 24 de julio).

¹³ http://www.upfiscals.com/info/boletin/2008/abril/Document_final_Mena.pdf

Se configura inicialmente como nueva pena. Su cumplimiento principiará cuando se agote el de la pena privativa de libertad impuesta (a partir de la libertad condicional –de haberse accedido a este grado–) o de su extinción. Se configura realmente como una suerte de última fase en el cumplimiento de la pena impuesta. Aunque no implique privación de libertad, implica una vigilancia que se pretende permanente respecto a determinados delincuentes. Pena accesoria que se configura como “*un instrumento de control posterior a la excarcelación*”.¹⁴

Sus contornos aparecen anticipados en la Exposición de Motivos:

“Esta pena deberá ser impuesta por el Juez o Tribunal en la sentencia sólo en los casos expresamente previstos por la Ley” (por exigencias, obviamente, del principio de legalidad penal). *“En dicha sentencia constatará necesariamente la imposición de la pena y su duración, mientras que el alcance y contenido será determinado por el Juez de vigilancia, quién decidirá las obligaciones a cumplir por el condenado de entre una lista prevista ad hoc por la Ley.*

En lo que respecta al cumplimiento de la pena de libertad vigilada, el mismo será sucesivo a la pena de prisión. De esta forma, frente a delitos graves resultará aplicable, además de la pena privativa de libertad, una pena accesoria a la libertad vigilada entre diez y veinte años, y frente a delitos menos graves, una pena de libertad vigilada entre uno y diez años. En ambos casos esta pena deberá aplicarse en su mitad superior cuando concurren las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos. Los criterios de determinación se completan indicando que en el resto de los supuestos la pena se impondrá en la extensión que el Juez estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.

¹⁴ Informe de la Unión Progresista de Fiscales sobre el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008.

No obstante, es necesario destacar que en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción, se prevé la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto.

En la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone. Además, y tal como se ha manifestado, una vez cumplido el fin de reinserción, el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida.

De esta forma, se dará en la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad.”

Como recuerda el informe del CGPJ al Anteproyecto¹⁵, la libertad vigilada no es una institución de nuevo cuño. Ya aparece contemplada en el art. 7.1.h) de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.¹⁶

¹⁵ Informe del CGPJ aprobado en reunión del Pleno de 26 febrero.2009.

¹⁶ “Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

(...) h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquella a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

Se contempla así como una pena complementaria a la privativa de libertad, que puede ser grave (si es por tiempo superior a 5 años) o menos grave (con duración de 1 á 5 años). Se introduce en el Anteproyecto como pena privativa de derechos (art. 39 k) para el control y seguimiento de terroristas y delincuentes sexuales, cuyo cumplimiento principia a partir de la finalización del de la pena privativa de libertad (arts. 90 á 93 CP).

Dispone el art. 49 bis del Anteproyecto:

“1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) La de estar siempre localizable.*
- b) La presentación periódica en el lugar que se establezca.*
- c) La de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) La prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- e) La de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- f) La de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.*
- g) La de no acudir a determinados lugares o establecimientos.*
- h) La de no residir en determinados lugares.*

1ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.”

i) *La de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.*

j) *La de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*

k) *La de seguir tratamiento médico externo.*

3. *Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.*

4. *Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones Públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.*

5. *El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.*

6. *En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468.”*

De acorde con esta última previsión, el apartado 2º del art. 468 CP da específicamente cabida, como nuevo supuesto de quebrantamiento de condena, conminado con pena de prisión de 6 meses a 1 año, al quebrantamiento de la pena de libertad vigilada.

En los términos en los que aparece redactado, el apartado 6º del precepto parece someter al principio de oportunidad la persecución del delito de quebrantamiento de condena (infracción perseguible de oficio), recogiendo aparentemente la opción entre modificar las obligaciones impuestas u optar por la persecución del delito contra la Administración de Justicia. Apariencia que contradice el propio redactado del art. 468 CP y la obligación de persecución de todo delito público (art. 308 LECrim.).

El art. 57 bis del Anteproyecto incorpora la obligación de imponer con carácter preceptivo la pena accesoria de libertad

vigilada junto con la pena principal cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del título VIII del Libro II (dejando a un lado los delitos de terrorismo que asimismo contempla), estableciendo su duración:

“En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y la naturaleza del hecho delictivo”.

En puridad, por su naturaleza, presupuestos (peligrosidad del delincuente) y objetivos (protección de la sociedad y logro de la reinserción social no alcanzada con la pena de prisión), la libertad vigilada reviste la naturaleza de medida de seguridad postdelictual, que parte de una presunción de peligrosidad criminal, entendida como alta probabilidad, establecida epistemológicamente, de reiteración en las mismas conductas delictivas (delitos sexuales o de terrorismo), eso sí, *“exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”* (art. 6.1 CP). La libertad vigilada persigue neutralizar un estado de peligrosidad delictiva, el riesgo de comisión de similares hechos delictivos, ante el fracaso en el logro de los fines perseguidos por la pena privativa de libertad.

Como refleja el informe del CGPJ de referencia, el derecho comparado conoce diferentes formas de libertad vigilada posteriores al cumplimiento de la pena, aunque se regulen generalmente como medidas de seguridad dirigidas a contrarrestar un estado de peligrosidad deducido de la comisión de determinados delitos.

El Código Penal alemán regula la imposición de medidas de vigilancia orientadora a quienes son condenados a pena privativa de libertad mínima de 6 meses de prisión por la comisión de un delito para los que la ley prevé específicamente tal medida, que se

fundamenta en el pronóstico de peligro de que tales personas cometerán delitos tras el cumplimiento de la pena. Prevé la imposición de esta medida para determinados delitos sexuales (§ 181 b)¹⁷, de lesiones (§ 228), contra la libertad de las personas (§ 239), robo y extorsión (§ 256), blanqueo y receptación (§ 262) y contra la seguridad colectiva (§ 321).

En la mayor parte de los Estados de EE.UU. se contemplan medidas de vigilancia para los delincuentes sexuales (la “*Community Protection Act*” en el Estado de Washington, que, además de registros para delincuentes sexuales, introdujo la medida denominada “*civil commitment*” o “*involuntary commitment*”. No se trata realmente de una libertad vigilada, sino de un internamiento civil posterior al cumplimiento de la pena por la peligrosidad para la comunidad, cuya duración puede ser indeterminada, al depender que el condenado deje de representar un delito para la comunidad. En la actualidad este modelo de la “*Sexual Violent Predators-Laws*” se ha generalizado en los Estados Unidos de América.

El equivalente a la libertad vigilada en EE.UU. sería la “*lifetime supervision*”: sometimiento a control tras el cumplimiento de la pena de prisión. Esta medida puede ser perpetua. Consiste en dar cuenta de cambios profesionales, de domicilio y otras actividades a un funcionario, que puede denegar ciertos movimientos o actividades. Junto a la “*lifetime supervision*” suelen acordarse medidas complementarias, a cuya observancia queda obligado el sujeto vigilado, entre ellas la prohibición de poseer pornografía, consumir alcohol, sometimiento a determinados programas...

“*En el Reino Unido –según recoge el informe del CGPJ– existen dos modalidades similares a la libertad vigilada. Según la Criminal Justice Act de 2003, la comisión de dos delitos sexuales, unida al riesgo de repetición futura, justifica una “extended sentence”, o bien una “indeterminate sentence”. La primera*

¹⁷ “En los casos de los § 176 á 179 y de los § 180b a 181.a (abuso sexual de niños, violación, coacción sexual, abuso sexual de los incapacitados para resistirse, trata de blancas, y proxenitismo) el Tribunal podrá ordenar vigilancia orientadora (§ 68.1).

consiste en el sometimiento del sujeto a un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena. La segunda, que está prevista para los supuestos más graves, puede consistir en una “sentence for public protection”, cuya duración mínima no puede ser inferior a diez años de prisión, o bien, simple y llanamente, en la imposición de una pena de cadena perpetua (“life sentence”).

En Australia, la *Dangerous Sexual Offenders Act* de 2006 prevé prisión indeterminada o libertad vigilada, si tras la prisión subsiste el pronóstico de peligrosidad.

En Canadá, la sentencia puede declarar al reo “*delincuente a controlar*”. En este caso, es sometido a un período de vigilancia comunitaria de diez años como máximo, tras el cumplimiento de una pena de prisión mínima de diez años. De la misma forma, la sentencia puede declarar al condenado “*delincuente peligroso*”, en cuyo caso puede permanecer encarcelado de forma indefinida, o bien tras un cumplimiento efectivo en prisión no inferior a siete años, ser sometido a vigilancia continua.

En Francia, la Ley de 17 de junio de 1998 (prevención y represión de las infracciones sexuales) incorpora la denominada vigilancia sociojudicial, con o sin tratamiento. La medida puede ser acordada en sentencia o tras el cumplimiento de la pena de prisión por parte del Juez encargado del control de aplicación de penas. La Ley 2007/1198, de 10 de agosto, impone un plazo mínimo de obligatorio cumplimiento en caso de reincidencia.

En nuestro derecho, rige no obstante el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad¹⁸.

CEREZO MIR¹⁹ critica tal limitación “*porque las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente. La*

¹⁸ Art. 6.2 CP: “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

¹⁹ “*Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción*”, Madrid, 2004, 6ª edición, págs. 43 y ss.

referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, sólo puede tener el sentido de que se trata de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado y desvirtuado por otro. El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves. Precisamente por evitar este malentendido”, defiende, a la hora de formular dicho principio de proporcionalidad, la solución que incorporaba el art. 133 del Proyecto de Código Penal de 1980, que exigía únicamente que “las medidas de seguridad guardasen proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”.

A pesar de la identidad de fundamentos, el Anteproyecto opta por encuadrar la libertad vigilada como pena accesoria y no como medida de peligrosidad.

En definitiva, la libertad vigilada parte desgraciadamente de la desconfianza, de la constatación del fracaso en numerosas ocasiones, en orden al logro de los objetivos propios de la pena privativa de libertad: prevención general y especial. Ello a pesar de la notable duración de algunas de las previstas en sede específica de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Conlleva la libertad vigilada la obligación para el penado de cumplimiento de reglas de conducta ya prohibitivas (de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar de residencia; de no aproximación a la víctima, familiares u otras personas; de no comunicarse con éstas; no acudir a determinados lugares o establecimientos; no residir en determinados lugares; no desempeñar determinadas actividades que puedan aprovecharse para cometer hechos punibles similares) o reclamando del penado participación o acciones concretas (estar siempre localizable; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicación de cambio de residencia o del lugar o puesto de trabajo; participación en programas formativos, laborales, culturales, de

educación sexual u otros similares) o la de seguir tratamiento médico externo.

La vigilancia del cumplimiento de la pena de libertad vigilada puede articularse mediante la utilización de medios electrónicos (ya previstos, con carácter general, en el art. 48 CP, a partir de la reforma operada por LO 15/2003) y en el art. 86 del Reglamento Penitenciario (cuando, tras exigir un tiempo mínimo de permanencia en el centro penitenciario de 8 horas diarias, con obligación de pernocta, excepciona los supuestos en los que “*el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente*”).

La pena de libertad vigilada puede reducirse o quedar sin efecto ante un posterior pronóstico positivo de reinserción.

Mantiene clara relación con otros institutos.

Es el caso del beneficio de la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad –próxima a la “*probation*” anglosajona. Hay clara identidad o analogía entre las obligaciones o conductas impuestas en el art. 83 CP y las contempladas en el art. 49 bis del Anteproyecto. No obstante, la libertad vigilada implica el cumplimiento de una pena accesoria (encuadrada en las Sección 5ª del Capítulo I del Título III) y no la suspensión de su cumplimiento. En caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas, en la pena de libertad vigilada no hay revocación, sino quebrantamiento de la pena impuesta (aunque con persecución que parece sujeta al principio de oportunidad).

Respecto a la libertad condicional²⁰, ésta se configura como último grado en el sistema progresivo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Reclama igualmente para su otorgamiento un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (art. 67 Ley General Penitenciaria).

²⁰ Prieto Rodríguez, J.I. “*La libertad condicionada en el Derecho Español. Revista de Actualidad Penal. 1990, núm. 20, marginales XX y XXI.*”

Como apunta el referido informe del CGPJ, la libertad vigilada está llamada a cumplirse, después, en su caso, de la fase de libertad condicional, según el sistema de progresión de grado en el régimen de cumplimiento. La progresión dependerá de la permanencia o superación de las variables determinantes de la concreta clasificación del penado (art. 63, 65, 69, 70, 72 y ctes. de la Ley General Penitenciaria).

Sin duda, con la regulación prevista en el Anteproyecto, y a la espera de su desarrollo, se corre el riesgo de incompatibilidad en el cumplimiento de la libertad vigilada con el régimen de tratamiento progresivo penitenciario. En efecto, en función de las reglas de conducta que se impongan al sometido a libertad vigilada, puede contemplarse un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la libertad condicional en caso de penas de prisión, *“un viaje hacia un régimen más restrictivo que ésta o, incluso, más restrictivo que el tercer grado penitenciario”*. Apunta por ello el informe del CGPJ cómo *“la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión”*.

Así pues, allí donde el progreso individual del sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería poder ser más gravosa que éstos, sino concurren nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de las penas de prisión”.

Devendría en consecuencia claro factor distorsionador convertir, sin causa, la libertad vigilada en un régimen de libertad condicional más restrictivo, cuando ambos, insistimos, exigen la previa valoración de la peligrosidad criminal del sujeto.

Comparto las conclusiones del informe citado de la Unión Progresista de Fiscales, al afirmar cómo la introducción de la pena obedece a la *“irreflexiva reacción de los acontecimientos que han*

estremecido últimamente la opinión pública". Resulta lamentable se prevea como pena accesoria para determinados delitos de terrorismo y contra la libertad sexual "*dejando de lado otros supuestos en que también hubiera resultado conveniente (quedan fuera, por ejemplo, los asesinos múltiples)*".

La duración asignada a la pena –entre uno a veinte años– resulta excesiva y desproporcionada "*pudiendo alcanzar el periodo total de restricción de libertad* –apunta el indicado informe– *unos extremos insólitos en nuestra tradición jurídica*".

Especialmente, cuando la redacción del art. 36.2 CP prevista en el Anteproyecto, excepciona del régimen general de cumplimiento de la pena privativa de libertad los supuestos de comisión de delito del art. 183 CP (actos contra la indemnidad sexual de menores de 13 años o de delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de trece años).

En esta dirección, compartimos plenamente la conclusión del informe del CGPJ, sobre la necesidad de conocer el desarrollo reglamentario que se anuncia en orden al conocimiento de las concretas circunstancias que rodearán el cumplimiento de la pena de libertad vigilada.

En orden a la prescripción, acertada parece igualmente la indicación en dicho informe de necesidad de previsión específica del inicio de cómputo de plazo prescriptivo de la libertad vigilada, que deberá comenzar a correr con el cumplimiento de la pena principal impuesta.

La puesta en funcionamiento de la libertad vigilada reclama la articulación de los medios personales y materiales precisos. Será necesario –apunta el referido informe del CGPJ– prever la figura del asistente o agente de la ejecución de la libertad vigilada, necesidad de emisión de informes, articulación de los medios precisos para control de cumplimiento de las obligaciones impuestas al vigilado.

Al imponerse la pena de libertad vigilada, se parte de una presunción *iuris tantum* de peligrosidad criminal, entendida como

conclusión de probabilidad de recaída en el delito. Ahora bien, dicha presunción debe ser o no confirmada, tanto antes de iniciar la ejecución de la pena de libertad vigilada, como durante su desarrollo. El pronóstico de peligrosidad criminal, de recaída en la comisión de delitos sexuales o terroristas, se configura como *conditio sine qua non* para el inicio y continuidad de su cumplimiento, pudiendo quedar sin efecto (art. 49 bis. 5 CP).

- Delitos sexuales cometidos contra menores.

Justifica la reforma pretendida un tratamiento específico e individualizado de actuación por “*la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamiento delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito*”.

Se opta por un tratamiento diferencial en orden a la tipificación de las conductas sexuales que afectan a los menores, de forma separada de la regulación propia para los adultos, anunciando la Exposición de Motivos la incorporación al Título VIII de un nuevo Capítulo II bis bajo la rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a los menores*”, que no hemos encontrado a lo largo el articulado.

Con el propósito de agrupar todas las agresiones y abusos sexuales a menores, se innova el art. 183 CP, que adopta la siguiente redacción:

“1. *El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de tres a seis años.*

2. *Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

3. *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años,*

en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y, en todo caso cuando sea menor de 4 años.

b) Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o fines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

Aglutina el precepto los tipos penales contra la libertad e indemnidad sexuales con víctima menor de trece años. Prima en consecuencia como criterio sistemático, que enmarca el tipo, la edad del sujeto pasivo.

Respecto a los tipos agravados, la extensión del art. 183 CP desplazará la aplicación del art. 180 CP.

En caso de peligro creado de forma deliberada para la vida del menor, debe entenderse obra el autor sin *animus necandi*, dado que en caso contrario, contemplaríamos tentativa de homicidio. Como apunta el informe del CGPJ, resulta inapropiada la expresión “*de forma deliberada*”.

En el tipo de abusos y agresiones sexuales, la agravante del apartado 183.4.f) no reclama la pertenencia del culpable a una organización delictiva, sino únicamente “*se haya cometido en el marco*” de dicha organización, incluso de carácter transitorio. En cambio, como destaca el mismo informe, en los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (art. 183.3, 189.3.e) y

188.4.b) se reclama la pertenencia del culpable a la organización o asociación.

Organización en cualquier caso distinta de la agrupación “*de forma transitoria con el objeto de cometer delitos*”, que contempla como delito específico el proyectado art. 385 bis, en el Título XVII bis, rubricado “*De las agrupaciones criminales*”, con imposición de la pena en su mitad superior en caso, entre otros, de delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

Por razones sistemáticas, y aludiendo el precepto anterior (art. 182 CP) a persona mayor de trece años, en la línea apuntada en el informe del CGPJ, la expresión “*menor de trece años*” debería ser sustituida por la de “*de trece años o menos*”.

Los nuevos marcos penales, derivados del Anteproyecto en concordancia con la legislación vigente, plantean serios problemas de proporcionalidad con el homicidio (v. gr., la violación de un menor de trece años conlleva pena de doce a quince años de prisión, en tanto que su homicidio conlleva pena de diez a quince años).²¹

A diferencia de lo previsto en el vigente art. 180 CP, el proyectado art. 183 CP no prevé las consecuencias penológicas derivadas de la concurrencia de dos o más circunstancias agravantes. Con ello se equiparan los marcos penales de la agresión sexual general (con mayores de trece años) con dos o más circunstancias agravantes y la agresión sexual a menor de trece años con una o más circunstancias agravantes. Lo mismo acontece con la violación general con dos o más circunstancias agravantes y la violación de menores de trece años con una o más circunstancias agravantes. Con ello, no siempre se pena más gravemente la

²¹ “Si bien es cierto que las conductas que atentan contra la libertad sexual, y especialmente en el caso de niños, presentan una gran lesividad, se consolida una tendencia a la exacerbación punitiva. Acaso habría que reflexionar desde el punto de vista de la proporcionalidad acerca de la duración de algunas de las penas, en comparación con las que llevan aparejadas otros delitos del Código Penal muy graves también”(Informe UNIÓN PROGRESITA DE FISCALES al Anteproyecto de reforma).

agresión sexual a menor de trece años que la realizada con persona mayor de dicha edad.

El marco punitivo derivado del Anteproyecto y de la Legislación vigente sería el siguiente:

A) **General** (víctima mayor de trece años):

- Agresión sexual: 1-5 años de prisión (art. 178).
 - Violación: 6-12 años de prisión (art. 179).
- Agresión sexual con una circunstancia agravante: 5-10 años de prisión (artículo 180).
 - Agresión sexual con dos o más circunstancias agravantes: 7.5-10 años de prisión (artículo 180).
 - Violación con una circunstancia agravante: 12-15 años de prisión (artículo 180).
 - Violación con dos o más circunstancias agravantes: 13.5-15 años de prisión (artículo 180).
 - Abuso sexual con acceso carnal: 4-10 años de prisión (artículo 181).
 - Abuso sexual con acceso carnal agravado: 7-10 años de prisión (artículo 181).

B) **Menores de 13 años.**

- Agresión sexual: 5-10 años de prisión.
- Agresión sexual con una circunstancia agravante: 7.5-10 años de prisión.
 - Violación (sin mención expresa del término): 12-15 años de prisión.
 - Violación con una circunstancia agravante: 13.5-15 años de prisión.
 - Abuso sexual con acceso carnal: 8-12 años de prisión.
 - Abuso sexual con acceso carnal agravado: 10-12 años de prisión.

- **Menores con edades comprendidas entre los trece y los dieciocho años.**

Dando cumplimiento a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, a fin de que los menores de edad reciban la protección que la misma estima oportuna, se aumentan las penas de los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178 y 180.

A tal fin se elevan las penas de prisión a 5 años, en el tipo básico de abusos sexuales (art. 178 CP) y la de los abusos sexuales agravados del art. 180 CP (queda establecida en pena de prisión de 5 a 10 años).

La circunstancia tercera del apartado 1º del art. 180 CP deja de contemplar, en línea con la tipificación específica, a los menores de trece años.

- Prostitución y pornografía infantil.

Se traslada la Decisión Marco de referencia al ordenamiento interno, lo que *“determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos que queda incorporada la regulación del art. 189.1 CP. Lo mismo sucede con la conducta de quien se “lucra” con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1 a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.”*

A tal fin:

- Se eleva la pena por el tipo básico de prostitución: prisión de 1 a 4 años (art. 183.1 CP).

- Se hace extensiva dicha pena *“al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz”* (art. 187.1 CP).

Se introduce como tipo agravado la minoría de trece años en la víctima, conminada con pena de prisión de 4 a 6 años (art. 187.2 CP).

A estas penas se añadirán las correspondientes a las concretas infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales, cometidas sobre menores e incapaces.

Con la redacción vigente, la conducta de quienes mantenían relaciones sexuales a cambio de precio con menores sólo era típica si determinaba la entrada o mantenimiento del menor en la prostitución (STS 1207/1998, de 7 de abril, citada en informe del CGPJ). Ahora *“se trata de penar a quien aprovecha una situación ya creada de prostitución para obtener como único fin la realización de actividades sexuales con el menor”*. No se reclama en el Anteproyecto la entrada o el mantenimiento del menor o incapaz en la prostitución, como elemento de tendencia de la relación sexual.

En la proyectada redacción del art. 188 CP, el forzamiento – mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situaciones de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima– al ejercicio de la prostitución sobre menores e incapaces aparecen castigadas con pena de 4 a 6 años de prisión, o de 5 a 10 años si la víctima es menor de trece años. Se mantienen las cualificaciones por prevalimiento de función pública o por pertenencia a organización o asociación, en los siguientes términos en el proyectado art. 188.4 CP:

“4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.”

En sede de corrupción de menores²², el art. 189 CP eleva la pena de prisión a 5 años, en el caso de menores de edad o incapaces, introduciendo la conducta de captación de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Se contempla específicamente la conducta de ofrecimiento de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces.

La pena por los tipos agravados del art. 189.3 se extiende hasta los 9 años de prisión.

En el caso de que los hechos se cometan “*en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal*”, de acuerdo con los requisitos del proyectado art. 31 Bis CP, se incorpora con carácter preceptivo la pena de clausura penal de sus locales y establecimientos hasta cinco años.

*** Otras modificaciones:**

- Privación definitiva de la patria potestad.

En sede de disposiciones comunes el art. 192.2 CP incorpora, como pena privativa de derechos, la “*privación definitiva de la patria potestad*”, con carácter facultativo, en sustitución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio. Si el Título VIII contempla la facultad de imposición como pena principal, los proyectados arts. 55 y 56 la incorporan como pena *accesoria* si hubiera tenido relación directa con el delito cometido.

²² “*La trascendencia del delito de corrupción de menores radicaba –reza la STS de 19 de Mayo de 1997– en que, al iniciar al menor anticipadamente en el sexo de manera evidentemente perversa, se impedía, quizá, cuando alcanzase la plenitud de su personalidad, que pudiera optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugirieren, de acuerdo también con el instinto y la libertad de la pareja por él pretendida*”.

La corrupción es el género y la prostitución la especie. La prostitución del menor podrá implicar su corrupción, pero ésta no tiene que llevar consigo la prostitución. (STS 19.septiembre.1996).

Si bien el proyectado art. 39 j) añade en el catálogo de penas privativas de derecho, la privación de la patria potestad, no lo hace con el añadido de definitiva, entendiéndose por tal la imposibilidad de recuperación de la patria potestad.

La regla general por el contrario es, como destaca el informe del CGPJ, la posibilidad de recuperar dicha patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación, en los términos previstos en el art. 170 Código Civil o 136.2 del Código de Familia de Cataluña.

La imposición de esta pena está prevista cuando *“en el curso de un procedimiento se revela un cumplimiento de deberes paternofiliales y un daño consecuente para el menor”* en la comisión de los delitos analizados.

Reza la Exposición de Motivos cómo *“el artículo 170 Código Civil contiene una atribución legal que determina una verdadera extensión de la jurisdicción de los Tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil”*.

- Prohibición de adelantamiento del tercer grado penitenciario en determinados delitos sexuales.

De acuerdo con la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 3 de junio de 2008, la modificación operada en el art. 36.2 CP tiende al cumplimiento efectivo de las penas aplicadas por delitos sexuales. La proyectada reforma prevé la imposibilidad de clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario antes del cumplimiento de la mitad de las condenas superiores a 5 años. Se equipara sin reparo –como reza la Exposición de Motivos– *“la situación de los delincuentes sexuales a la de los terroristas y miembros de organizaciones criminales”*.

- Trata de seres humanos.

Ante la inadecuación del tratamiento unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contiene el

vigente art. 318 bis CP se opta por una regulación separada. A tal fin, se introduce el Título VII bis, bajo la rúbrica “*De la trata de los seres humanos*”.

La figura incorpora expresamente como eventual finalidad “*la explotación sexual, incluida la pornografía* (art. 177 bis, 1b). El delito de trata de seres humanos se castiga con pena agravada cuando “*la víctima sea menor edad*” (art. 177 Bis.4.b).

-Agrupaciones criminales.

El artículo 385 bis, de nuevo cuño, dentro del también innovado Título VII bis, tipifica el delito de agrupación criminal transitoria. Incorpora como tipo agravado, entre otros, la persecución de comisión de delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

- Delitos en caso de conflicto armado.

En sede de delitos contra las personas, en caso de conflicto armado, la modificación operada en el proyectado art. 611, párrafo 9º, persigue otorgar especial protección penal a mujeres y niños en conflictos armados castigándose expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual y, a aquellos que recluten o alisten a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos.

- Registro de pederastas.

En el marco de modificación normativa que mejore los instrumentos legales para una eficaz actuación preventiva de los poderes públicos frente a la reincidencia en la comisión de delitos graves cometidos de forma violenta, entre ellos los que afecten al ámbito sexual, la **COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA EN DELITOS GRAVES**

aconseja prevención secundaria que descansa en la adopción de “medidas centradas en la persecución del delito y en la protección de las víctimas”. Proponía “la constitución de bases de datos que faciliten la investigación policial y que proporcionen a los Fiscales y Jueces elementos de juicio suficientes para poder instar y adoptar las medidas cautelares correspondientes”.

El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (BOE 7 de febrero 2009), que integra entre otros al Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes²³, el Registro Central de Rebeldes Civiles y el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores incorpora como información contenida en los Registros Centrales integrados con los actos de pederastia (art. 8.d): “La condición de menor de edad de la víctima cuando se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Al Registro Central de Penados y al Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, pueden tener acceso, previa autorización del Ministerio de Justicia, siempre que se trate de inscripciones no canceladas, además de órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y los propios interesados, la Policía Judicial, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía.

Tal medida, sin duda alguna, permitirá un mayor control policial de pederastas, en línea con el sistema seguido en otros países.

²³ Que tiene por objeto la inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia no firme por delito o falta y medidas cautelares notificadas al imputado que no sean objeto de inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, autos de declaración de rebeldía y requisitorias adoptadas en el curso de un procedimiento penal por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal.

Cuarto.- Protección del menor y derecho de defensa en procedimientos por delitos sexuales.-

Como apuntamos en otro lugar²⁴, durante muchos años la protección a la víctima, especialmente en el ámbito de delitos acontecidos en el seno familiar (entre ellos, delitos sexuales que afectan a menores), devenía asignatura pendiente, un aspecto olvidado en el seno del procedimiento penal. *“Ha padecido –reza la Exposición de Motivos de la Ley 35/1995, de 1 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual– un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal”*.

Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil quedan en simples proclamaciones de principios. En raras ocasiones se logra una materialización efectiva del derecho al cobro de la indemnización por el daño sufrido. Todo ello a pesar de que el ejercicio de las acciones civil y penal compete de forma singular en nuestro derecho al Ministerio fiscal, extendiéndose la tutela judicial efectiva no sólo al pronunciamiento declarativo de condena o absolucón –donde frecuentemente concluyen las estadísticas– sino también al ámbito de las medidas cautelares y a la ejecución.

El sufrimiento del perjudicado –entre ellos del menor víctima de delito sexual– comienza con la comisión del hecho y prosigue durante la tramitación del proceso con frecuentes comparecencias innecesarias; asistencia a juicio (reiteradas cuando se suceden las suspensiones, auténtica crisis del proceso) con el consiguiente contacto con el agresor/a; la necesidad de ser oído a la hora de otorgar perdón o exigir su parecer en sede de indulto –con frecuencia, con un dilema interno difícilmente superable–;

²⁴ PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *“El derecho de defensa en procedimientos por delitos cometidos contra menores”*. Trabajo de investigación becado por el Excmo. Patronato del Centro Asociado de la UNED de Tortosa. Curso 2000/2001.

continuidad de malos tratos tras el hecho, especialmente en ámbitos internos familiares, al no existir ni pretenderse el apartamiento inmediato del agresor/pariente del agredido/pariente...

Aunque mucho se ha avanzado en los últimos años, tras el delito, a la lógica alteración del sistema de vida habitual de la víctima, suele seguir su abandono y etiquetamiento social; la absoluta inexistencia de mínima ayuda a todos los niveles (económica, moral, psicológica...); la dolorosa y repetida intervención en el proceso; el recuerdo del hecho padecido mediante declaración en el juicio oral, desgraciadamente celebrado años después. Efectos perjudiciales que se superponen a los derivados de la propia comisión de la infracción criminal.

Consciente del abandono del sujeto pasivo del delito y de otros perjudicados, el legislador español ha venido ideando diversos mecanismos de protección, tanto a nivel sustantivo, como procesal. Esta preocupación encuentra claro reflejo en textos y convenios internacionales, ya elaborados en la década pasada²⁵.

La protección de la víctima opera tanto por vía sustantiva como en sede procesal.

Manifestaciones de la primera son en nuestro derecho el desdoblamiento de la atenuante de arrepentimiento espontáneo en dos circunstancias (4ª y 5ª del art. 21 CP 1995); la reintroducción en el art. 81-3 CP para el otorgamiento del beneficio de la suspensión de la pena de la exigencia de satisfacción de las responsabilidades civiles; la valoración del “*esfuerzo*” para reparar el daño causado, en orden al beneficio de la sustitución (arts. 88 y ss CP) o la potenciación del instituto de conciliación con renuncia al ejercicio de la acción penal en los arts. 19 y concordantes de la Ley 5/2000, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de Menores, entre otras.

²⁵ Vid., entre otros, Convenio nº 116 del Consejo de Europa de 24.nov.1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos. O Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28.jun.1985 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

Junto a tal preocupación de obtener la reparación del daño causado, es conocida la previsión y progresiva ampliación, en el ámbito de las penas privativas de derechos, de la privación de la patria potestad, prohibición de aproximarse a la víctima, familiares o personas próximas; de comunicarse o de volver al lugar de comisión del hecho... (art. 57 CP).

Todas ellas encuentran su justificación en la pretensión de superar aquella situación de abandono y en ocasiones de más que probable peligro del perjudicado/a.

En el orden procesal, destaca la adopción de medidas preventivas inmediatas de protección al perjudicado, cuales la de prohibición de acercamiento o comunicación del agresor con el mismo; prohibición de convivencia o incluso de residencia en la misma ciudad o Comunidad Autónoma, entre otras.

La revictimización de menores en el proceso penal es frecuente, sin que sea dable alcanzar conclusiones genéricas o apriorísticas. Evitar este resultado tiene reflejo en la preocupación de organismos, poderes públicos y asociaciones. La **COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE REINCIDENCIA EN LOS DELITOS GRAVES** insiste *“en el cumplimiento efectivo de los protocolos de atención a las víctimas, así como en el uso de todos los medios procesales que favorezcan una mejor atención a las personas que han sufrido este tipo de delitos y eviten al máximo la victimización secundaria”*, aconsejando se trate de una asistencia de calidad y aplicada homogéneamente en todo el territorio de Catalunya.

En esta preocupación insiste la Fiscalía General del Estado ²⁶:

“1.9.- Medidas tendentes a evitar la victimización secundaria de menores.

Pese a los avances introducidos por las últimas reformas legislativas (vid. Ley Orgánica 8/2006), en ocasiones, la falta de previsión de locales especiales y personal para atender a menores

²⁶ Memoria Fiscalía General del Estado 2008.

víctimas y testigos en su contacto con la Administración de Justicia, conlleva perturbaciones para los mismos". Aconsejándose se promuevan por las Secciones de Menores de las Fiscalías actuaciones para en la medida de lo posible minimizar tales perturbaciones, no sólo en relación con las actuaciones derivadas de la LORPM, sino también respecto de los procesos penales de adultos.

Frente a la norma general de práctica de la prueba en el acto de juicio oral, con arreglo a los principios de publicidad, contradicción e intermediación, la LO 14/1999, de 19 de junio, en materia de malos tratos, modificó los arts. 448, 455, 707 y 713 LECrim.

En la redacción dada al art. 448-3º se incorpora desde entonces la posibilidad de evitar la confrontación visual del testigo con el inculpado, en los siguientes términos:

“Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba”.

El art. 455 incorporó como norma general la prohibición de careo con testigos menores de edad, salvo que el Juez de instrucción lo considere imprescindible y siempre y cuando no fuera *“lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial”*. El éxito de la investigación judicial cede en esta excepcional diligencia²⁷ ante la protección del interés del menor.

En sede de juicio oral, el Juez o Tribunal, ante el testigo menor de edad, mediante resolución motivada y previo informe pericial, puede disponer sea interrogado evitando la confrontación visual

²⁷ *“De acuerdo con lo establecido por el art. 455 LECrim. –reza la STS de 18.septiembre.2008– el careo no se practicará, “sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados”– Esta condición negativa de la práctica del careo que introduce la Ley responde, ante todo, al dudoso carácter probatorio del careo en el proceso penal moderno, y debe ser, por ello, estrictamente interpretada en cada caso”*.

con el inculpado, utilizando igualmente cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba. Repitiendo igualmente en los términos y con las excepciones ya indicadas, los careos con los mismos.

La Decisión Marco del Consejo de la UE, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal reitera la imperiosa necesidad de ofrecer a ésta un elevado nivel de protección, de garantizarles un trato equivalente al del resto de partes en el proceso, previendo la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo antes, durante y después del proceso penal.

Bajo la rúbrica “*Derecho a la protección de la víctima*”, el art. 8 de esta Decisión Marco, establece: “*los Estados miembros garantizarán que en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de las personas en situación equivalente*”, y “*velarán además porque, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de los espacios de espera reservados a la víctima*”. “*Garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho*”.

Y específicamente el art. 15 (“*Condiciones prácticas relativas a la situación de la víctima durante las actuaciones*”), dispone el deber de propiciar “*la creación gradual, en el marco de las actuaciones en general y especialmente en los lugares en los que puede incoarse el proceso penal, de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimización secundaria o evitar que la*

víctima se vea sometida a tensiones innecesarias. Para ello velarán en particular por que se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y porque se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima”.

Trasluce en estos textos legales la imperiosa necesidad de compaginar los derechos de defensa y a un procedimiento equitativo y con todas las garantías (entre ellas, la de practicar la prueba en el juicio oral; el derecho a interrogar a los testigos de cargo; la posibilidad de interrogatorio cruzado y de práctica de prueba pericial contradictoria; las exigencias de imparcialidad en el órgano judicial, y observancia de los principios de publicidad, contradicción e inmediación) con la protección de los intereses de los testigos menores afectados. Intereses que deben identificarse con el objetivo de evitar o incrementar cualquier daño a la salud psíquica o física derivada de su intervención en el proceso, como testigos directos, habida cuenta del primigenio deber de comparecer y declarar.

El proceso seguido por hechos que afectan a menores no debería revestir singulares especialidades, una vez tutelados protegidos sus intereses, con adecuada ponderación de todos los derechos en juego. La prudencia judicial debe frenar el posible perjuicio que pudiera causarse al menor perjudicado, valorando siempre los intereses en conflicto. El Juez o Tribunal debe dirigir (no monopolizar) las pruebas en las que intervengan o tengan por objeto al propio afectado. No cabe partir de una absoluta posición de desconfianza hacia los intervinientes en el proceso, del rechazo de todo aquél que no revista la consideración de autoridad o perito de designación judicial. El límite a la admisión y desarrollo de aquellos actos de investigación o de prueba sobre menores vendrá dado por el respeto, entre otros textos legales, a la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Algunas de las cautelas contenidas en la Ley 5/2000, de 12 de enero, precisamente previstas para menores imputados en

procedimientos penales, pueden servir de pauta. Así, cualquier citación o práctica de diligencias relativas a menores, deben practicarse “*en la forma que menos perjudique a éste*”. Concorre obligación de informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata de los hechos (art. 17).

Las normas procesales imponen el respeto a tales cautelas.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal las ha mantenido durante siglos. V.gr., la posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada (art. 680 LECrim. y también art. 232 LOPJ) “*cuando así lo exijan... razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia*”.

El respeto al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, que proclama entre otros el art. 4 de la Ley de Protección Jurídica al Menor, no resulta incompatible con su intervención como testigo y en las diligencias de prueba precisas en el seno del procedimiento penal. El art. 9-1º, pº 2º, de la misma Ley recalca la obligación de preservar su intimidad.

El estricto cumplimiento de tales cautelas, frecuentemente olvidadas, permitirá compaginar la tutela de los intereses de los menores inmersos en procedimientos judiciales con el concepto constitucional de prueba²⁸.

Si los únicos y auténticos actos de prueba se identifican con los practicados en el juicio oral, salvo los supuestos de prueba preconstituida o anticipada, con respeto a los principios de inmediación y de contradicción, no es lógico partir de la prohibición general de que el testigo menor de edad declare en dicho acto, o no pueda ser examinado pericialmente de forma contradictoria. Estos requisitos, en principio, no ceden en procedimientos en los que aparecen como perjudicados.

²⁸ “*Por acto de prueba cabe entender la actividad de los sujetos procesales dirigida a obtener la convicción del Juez o Tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba*” (GIMENO SENDRA, V., y otros, “Derecho Procesal. Proceso Penal”. Valencia, 1989, 3ª Edición).

La estigmatización o incremento del daño al menor víctima de delito sexual traerá causa antes de la forma en que se articulen concretas diligencias, que de la simple posibilidad de su práctica. Se impone una dirección prudente por la autoridad judicial. La espera en pasillos judiciales; el simple visionado desde la perspectiva infantil de Jueces con toga, policías uniformados, o personas esposadas –singularmente, si son los propios progenitores–... harán más mella en el menor que un interrogatorio o una diligencia de careo bien dirigida.

El limitar o incluso impedir el interrogatorio directo y cruzado del menor por parte de la defensa, en presencia del acusado, sin distinguir situaciones, como norma general, conlleva una limitación intolerable del derecho de defensa. Entre otros, el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece como derecho fundamental, que como tal no puede oviarse, el de *“interrogar o hacer interrogar a los testimonios de cargo y a lograr la citación e interrogatorio de los testigos de descargo, en las mismas condiciones que los de cargo”*.

Sin dejar de constatar cómo su interrogatorio constituye para el menor una situación normalmente angustiada, sobre todo si es mal conducida, pudiendo provocarle revocaciones traumatizantes de situaciones penosas previas, la singularidad del testigo menor reclama con frecuencia la necesidad de la intervención de la defensa. Apunta **ROMERO COLOMA**:

“El testimonio de los niños es peligroso. El niño posee una visión analítica de los hechos y acontecimientos y su grado de sugestionabilidad es muy grande. Es difícil para el Juez interrogar a un niño, y en todo caso, debe hacerlo de modo que las preguntas no contengan en sí sugestión. El porcentaje de testimonios falsos emitidos por los niños es más grande en el sexo femenino que en el masculino. Esto tiene una explicación comprensible, por cuanto la niña es aun más imaginativa que el niño. Hay que desconfiar del

testimonio infantil. Los niños no disciernen con el suficiente grado de inteligencia...”²⁹.

No todas las situaciones son idénticas.

Nuestros jueces son conscientes de la frecuente manipulación de menores. Por ejemplo, denuncias de abuso sexual, singularmente en situaciones matrimoniales conflictivas. Así, la STS 990/1995, de 11 de octubre, tras recordar los requisitos que han de concurrir para que la declaración de la víctima, en el caso contemplado un niño, constituya única prueba de cargo (ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado-víctima o denunciante; verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo; persistencia en la intimidación), apunta cómo:

“En los casos de separaciones matrimoniales conflictivas, y en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita no son infrecuentes las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad, y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado, para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia, enfrentado, como única prueba acusatoria, a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar”.

No sólo respecto al interrogatorio. En la fase de juicio oral, la designación de perito y la práctica de la correspondiente pericial contradictoria forman parte esencial del derecho de defensa. No se justifica ni la prohibición con carácter general de pericial propuesta por la defensa, ni la de que el menor sea examinado por nuevos peritos. Una conclusión lógica, compaginando los derechos en juego (defensa/protección del menor) sería la posibilidad de

²⁹ ROMERO COLOMA, A. M., “Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español”. Actualidad Penal. Año 1990, marginales XXXII y XXXIII.

explorarlo en un único acto pericial, conjunto, con intervención simultánea de los peritos designados.

Así lo ha entendido la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La STS 827/1998, de 16 de junio, estimatoria de recurso de casación interpuesto por vulneración del art. 850.1 LECrim. por haberse denegado en la instancia diligencia testifical y de careo interesada por la defensa, respecto a menores, en causa seguida por abusos sexuales (“*testimonio de menor*”, “*careo paternofilial*”), concluye cómo las necesidades probatorias priman aquí sobre cualquier hipotético perjuicio respecto al desarrollo de los menores. Razona: “*la necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo 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, que no tendría que ser afectado, por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido*”.

Acoge la Sentencia el motivo por denegación de pericial propuesta por la defensa (que un mismo perito reconociera a las menores de ambos padres para establecer su perfil psicológico y moral y la posibilidad de existencia de inducciones en las menores), puesto que “*el acusado tenía derecho a que se practicara la prueba pericial que propuso y que constituía una forma de obtener una visión conjunta e integrada por la observación de todos los miembros de la familia por un mismo perito*”.

En ningún caso, las pruebas periciales pueden sustituir la declaración directa del menor afectado. No se admite en nuestro derecho con carácter general el testigo de referencia (art. 710 LECrim. y jurisprudencia que lo interpreta) ni mucho menos el perito de referencia.

Parece oportuno concluir que la ausencia del menor víctima de un presunto delito sexual al acto de juicio (y hablamos de presunto hasta que una sentencia firme, dictada en el marco de un proceso equitativo –art. 6.1 CEDH– proclame hecho y participación del que es presumido inocente), cuando sea llamado a declarar por las partes, aparecerá justificada, articulándola como prueba preconstituida, prevista en nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto es, deberán concurrir los presupuestos fácticos que reclama la excepcional práctica de la prueba fuera del acto de juicio oral, en la fase de instrucción: cuando el testigo deba ausentarse del país; cuando concorra motivo racional para temer su muerte o incapacidad física o intelectual.

Cuando la declaración del menor en juicio conlleve un grave peligro para el mismo, normalmente establecido mediante informe pericial, podrá prescindirse de su testimonio directo, pero no de forma absoluta. En tales supuestos, que no pueden generalizarse, el derecho a interrogar al testigo de cargo se articulará mediante medios que permitan dicho interrogatorio, persiguiendo el mínimo daño posible.

En cualquier caso, la dialéctica derecho de defensa/procedimiento con todas las garantías versus protección de los intereses del menor evitando situaciones de peligro derivada de su intervención en el proceso, prosigue. Trasluce en la Sentencia 96/2009, de 10 de marzo, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Desestimando recurso de casación otorga validez como prueba preconstituida, sin necesidad de reproducción de juicio oral, a la declaración de una menor víctima de abuso sexual. Aplica la doctrina contenida en el caso Pupino³⁰, bastando la declaración del menor, practicada ante expertos, ante el Juzgado de Instrucción, con intervención de las partes bajo el control de éste y por medio instrumental de un experto. Se discute la validez de la declaración de una niña de 5 años, como prueba de cargo, cuando no se presta

³⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005 (TJCE 2005, 184). Proa. C-105/2003.

en el acto de juicio, donde se reproduce la prestada, con presencia de letrado de la defensa en la fase de instrucción.

Razona, desestimando el motivo del recurso –canalizado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haberse practicado la exploración de la menor de forma indebida en la fase sumarial y no en el acto de juicio oral:

“En nuestro ordenamiento procesal, como recientemente ha recordado una vez más esta Sala en su sentencia 129/2007, de 22 de febrero, por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador. En este sentido el art. 702 de la LECr dispone que quienes estén obligados a declarar "lo harán concurriendo ante el Tribunal". Y el art. 446 de la LECr, establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene que "comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello".

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio juicio oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

*A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada "**prueba anticipada en sentido propio**"³¹. Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657, apdo. tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts 781-1, apartado tercero y 784-2, que permiten a la*

³¹ El subrayado es nuestro.

acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como "prueba preconstituida". Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba "anticipada en sentido impropio" para reservar el término de "preconstituida" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica –como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias– es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aun ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: **1)** En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr según el cual "cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien –previando quizás la secular falta de medios de la Justicia española– por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; **2)** En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: **a)** en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para

declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor –salvo el supuesto del art. 449– y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituida o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción (...) d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legitimante de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECr.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral”.

Frente al alegato del recurrente de no concurrir el presupuesto legitimante de práctica de prueba constituida o anticipada en sentido propio, el Tribunal responde:

“1.- En el Procedimiento Ordinario y en el de urgencia, el presupuesto condicionante se enuncia en diferente manera, pero con análoga significación e idéntico fundamento. En aquél, se contempla la muerte y la incapacidad del testigo como sucesos previsibles justificantes de la preconstitución de la prueba y se añade la imposibilidad prevista de concurrir por haber de ausentarse de la Península. Es una fórmula casuística un tanto arcaica perteneciente al texto primigenio de la LECr de 1882. En cambio, en el art. 777 del procedimiento abreviado, de moderna creación, la fórmula empleada combina la referencia concreta a que por el lugar de residencia del testigo se tema no poder practicar

la prueba en el Juicio Oral, con una previsión más general, directamente expresiva del fundamento de la preconstitución probatoria, al admitirla cuando "por otro motivo" –que el legislador no precisa ni limita de ningún modo– se tema razonablemente que la prueba no se podrá practicar en el juicio o pudiera motivar su suspensión. **La idea de imposibilidad es la clave porque constituye el fundamento básico justificante de la preconstitución** de la prueba, y está presente tanto en los supuestos concretos del art. 448 de la LECr, en el procedimiento ordinario, como en la genérica previsión del art. 777 de la LECr en el procedimiento de urgencia”.

Interpreta extensivamente el concepto de imposibilidad:

“A) En cuanto al alcance de lo que significa la imposibilidad, la tradicional inclusión desde 1882 en el art. 448 de la LECr de los tres consabidos supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península, se ha visto ampliada por la referencia en el procedimiento abreviado a que **"por cualquier otro motivo"**, se prevea anticipadamente la imposibilidad (art. 777 de la LECr). Y por otra parte ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias:

(...)

b) Por otro lado se impone también una ampliación de la idea de "imposibilidad" para testificar en Juicio Oral; ampliación en el sentido de que, junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista **riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual**. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide **reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia** protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007, de 28 de febrero, el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. Esa Sentencia, reiterando lo dicho por la Sentencia 429/2002 de 8 de marzo, recuerda que la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989... menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su

desarrollo personal", y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará" toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma Ley Orgánica se contiene el mandato de que "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social en que se encuentra". El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderán será el interés supremo del niño".

Esta jurisprudencia –añade la sentencia citada de 28 de febrero de 2007, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando es testigo del hecho criminal, compaginando las exigencias de su específica protección con los que en derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3 del CEDH), obliga a una búsqueda de equilibrio y ponderación entre los intereses descritos.

Por otra parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, proa. C-105/2003 "Caso Pupino", declara que los arts. 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al **estatuto de la víctima en el proceso penal** debiera interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta".

"(...) la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (...) obliga a brindar a los sujetos pasivos de hechos delictivos que sean especialmente vulnerables un trato específico acorde con su situación (art. 2, apartado 2). En particular, prevé que testifiquen en condiciones que permitan su efectiva protección frente a las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública (art. 8, apdo. 4)".

Tras recordar la obligación de las autoridades nacionales de interpretar las normas de su derecho interno conforme a los términos de las Decisiones marco, continúa la sentencia:

"Con todos estos antecedentes es ya evidente que la exigencia de los arts. 448 y 777 de la LECr, en el procedimiento ordinario y de urgencia

*respectivamente, acerca de que se prevea la "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el Juicio Oral, para quedar justificada su anticipada práctica durante la fase sumarial –con todas las garantías que tales preceptos establecen– no puede ya ser interpretado sino con la **plena inclusión en esa hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales.***

*(...) Es cierto que al tiempo de hacerse la prueba preconstituida la perito psicóloga expresó que la niña no tenía conciencia sobre el significado y connotación sexual de los hechos, no estaba afectada emocionalmente y no presentaba secuelas significativas asociadas a los hechos. Pero tal opinión estaba referida al momento en que se emitió el informe, muy anterior al Juicio Oral. Y con ser la pericia elemento relevante en la formación del criterio judicial, no lo condiciona necesariamente. Además, sin necesidad de pericia, es evidente y propio de la más común experiencia, que, pasado un tiempo no necesariamente dilatado, la menor adquiriría progresivamente por su misma evolución alguna conciencia del significado negativo de los actos sexuales a que fue sometida. Por ello es razonable pensar que la ignorancia que presentaba en los momentos iniciales por su misma ingenuidad infantil, pudiera en algo disminuir con el tiempo y aumentar por consiguiente el riesgo de sufrir negativas consecuencias por la repetición de su testimonio en tiempo posterior. Añádase a esto que la misma consideración de su lógica evolución, y en no mucho tiempo por no ser demasiado el que podría mantenerla en la total ignorancia de las cosas, supondría una lógica merma en la espontaneidad y sinceridad de su testimonio, transcurrido ese tiempo, es decir una merma del valor demostrativo de su declaración tardía, y sin ventaja para la inmediación de la prueba. Y aún más teniendo en cuenta que afortunadamente en el Juzgado de Instrucción se hizo una buena grabación de imagen y sonido, que permitió al Tribunal sentenciador percibir por sí mismo, a través de su exacta reproducción completa, las manifestaciones de la menor. **La falta de inmediación espacial y temporal respecto éstas declaraciones no excluye la total inmediación** respecto a su reproducción exacta, cumpliendo sobradamente lo principal del principio siquiera de segundo grado o indirecto, con unas mínimas desventajas, que quedan ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de la menor hubiere supuesto su exploración directa en el plenario.*

*C) Por todo lo expuesto debe entenderse que en este caso la utilización por el Juzgado de instrucción de la prueba preconstituida prevista en el art. 777 de la **LECr**, se acomodó a la exigencia establecida en el precepto como justificante o habilitante de su práctica, como es que fuera de temer razonablemente que la exploración de la menor, víctima del abuso sexual, no pudiera practicarse en el*

Juicio Oral, entendiendo la idea de imposibilidad en los términos ya precisados en los razonamientos expuestos”.

Añade cómo la ausencia del imputado no es causa invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado, puede éste intervenir en la práctica de la diligencia.

Discrepan, mediante los correspondientes votos particulares, los Magistrados Sres. **MAZA MARTÍN** y **MONTERDE FERRER**.

El primero se sustenta en los siguientes argumentos:

“El hecho de decantarse por una posición, como la de la mayoría de la Sala, de enérgica protección de la indemnidad de una menor, en realidad una niña, que ha podido ser objeto de abusos de carácter sexual, con la intención puesta en evitarle posibles daños consecuentes a una eventual victimización procesal, es adoptar una postura acreedora de todo elogio, si no fuera porque con ello, a mi juicio, se pueden estar conculcando, y de manera ciertamente más grave aún por lo que pudiera suponer de peligroso precedente para futuros procedimientos, valores y principios esenciales de entre los que rigen, hasta hoy al menos, nuestro sistema de enjuiciamiento penal”.

Discrepancia que asienta, entre otros, en los siguientes motivos:

- La no presencia del imputado en la diligencia probatoria practicada por el Instructor.

Ello *“acarrea problemas en relación con el más amplio ejercicio del derecho de defensa, por no haberse encontrado defensor y defendido en directa comunicación durante el desarrollo de la prueba y a causa precisamente de la ulterior circunstancia de la incomparecencia de la menor en el acto del Juicio, de modo que a la postre se impidió que fuera interrogada, también en ese acto, sobre extremos de interés que pudiera haber sugerido el acusado a su Defensa a la vista de las respuestas que ofreciera la declarante.*

De cualquier forma, resulta evidente que la corrección de la práctica de tal prueba no es sin embargo el extremo capital que, a mi juicio, ha de suscitar mayor atención en este caso.

- La prueba preconstituida:

“Sólo puede encontrar justificación en los supuestos de verdadera imposibilidad para su realización en el Juicio, ante el Tribunal encargado del

enjuiciamiento, bien se trate de absoluta imposibilidad física (fallecimiento del testigo, por ejemplo) o, al menos, de gravísima dificultad para ello (como cuando el testigo se encuentra en el extranjero, sin que el Juzgador disponga de posibilidad real para conseguir su presencia en la Vista), circunstancias que en esta oportunidad no concurrían.

Puesto que además, salvo en tan especiales supuestos, que son los únicos expresamente admitidos en la norma procesal para la aplicación de tan excepcional fórmula, tan sólo se ha llegado a reconocer una posibilidad semejante en aquellos otros casos en los que la comparecencia ante el Tribunal y la rememoración de los hechos suponga para la salud psíquica del declarante un riesgo tal que obligue a optar porque prevalezca este superior interés de la salud sobre la propia exigencia procesal.

En el procedimiento que nos ocupa (...) ninguno de tales requisitos habilitantes se cumplen ya que, no sólo no se hallaba el Tribunal "a quo" ante los supuestos legales de imposibilidad o grave dificultad para hacer comparecer en el acto del Juicio a la declarante, sino que incluso consta expresamente en los autos cómo expertos en psicología de menores afirman, con rotundidad, que la niña no sufría alteración psíquica alguna por los abusos que supuestamente había padecido, ni secuelas por ello, y los rememoraba sin dificultad ni perturbación de ninguna clase.

De hecho, ni siquiera puede afirmarse como justificación para aplicar la excepción al régimen habitual en la práctica de la prueba personal, que tal comparecencia se intentase y que cualquiera clase de circunstancia u obstáculo sobrevenido, de mayor o menor relevancia, tal como la oposición de los padres de la menor a que ésta declarase en Juicio, la hubieran llegado a impedir o dificultar, toda vez que la Audiencia ni tan siquiera intentó esa posibilidad.

Ya que, en definitiva, la cuestión esencial en esta oportunidad no es otra que la determinar el nivel de dificultad exigible a la posibilidad de la práctica de la prueba en Juicio para considerarla de imposible realización o, al menos, suficientemente justificada su omisión".

No considera justificada por ello la incomparecencia de los testigos menores, posibles víctimas de delitos contra su indemnidad sexual, al acto del juicio oral, como mínimo como prueba anticipada en sentido estricto, "máxime si tenemos en cuenta que los indeseables efectos de victimización procesal pueden quedar muy reducidos en los tiempos actuales, con el uso de modernas tecnologías e instrumentos a los que la propia legislación se

refiere, precisamente como los utilizados en este caso por el mismo Instructor”.

“(…) Parece, en este caso y quizá también de cara a otros futuros semejantes, que pudiéramos hallarnos ante una verdadera involución en la que se torna a considerar, como sucediera en etapas ya felizmente superadas, que la fase más idónea para la producción probatoria es la inquisitiva de la investigación y no la adversarial del Plenario (...)”.

“4) (...) al aceptar esta forma de proceder, se están postergando (...) las exigencias impuestas por la inmediación que queda prácticamente excluida en lo que de experiencia viva, próxima y actual debe de tener para quien juzga, a la vez que se restringe también el tercer gran pilar de nuestro enjuiciamiento oral, es decir, la contradicción, cuando menos sin duda menguada al imposibilitar que la generación contradictoria de la prueba se lleve a cabo, inmediata y simultáneamente, ante el Tribunal”.

Tras alentar del peligro derivado de la generalización, sin verdadera causa, de la prueba preconstituida, concluye:

*“las legítimas expectativas a un “juicio justo” (...), en mi opinión deberían haber producido la consecuencia lógica y ejemplarizante de la necesaria repetición del acto del Juicio oral, por gravoso que ello pudiera parecer, a fin de que, en su seno y con uso de todos los mecanismos de protección de la menor disponibles, se llevase a cabo la práctica de las pruebas pertinentes, en especial la **declaración inculpativa de esa presunta víctima**, de forma respetuosa con el esencial principio de inmediación, como requisito básico para pasar a formar parte del acervo probatorio válido susceptible de la correspondiente valoración por parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento”.*

Continúa este primer voto particular:

“En primer lugar y a propósito de la necesidad de la presencia del menor en el acto del Juicio ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala en numerosas ocasiones, sentando, con carácter general, una doctrina mayoritaria, (...) que pueden resumirse en el contenido de la STS de 14 de Marzo de 2006, que proclamaba:

“...el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, no es una interferencia innecesaria puesto que está en juego que al último se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene

rango constitucional, sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el mismo legislador inspirado por tales principios para hacerlos efectivos, sin menoscabo de las garantías constitucionales y procesales de las partes del proceso”.

No puede tampoco aceptarse... que al amparo de aquella normativa tuitiva resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan siempre otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria.

*Los **principios de protección del menor víctima** han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo”.*

También recuerda la doctrina de la Sentencia de 14 de septiembre de 2006:

*“Esta misma Sala se ha pronunciado con rotundidad acerca de la exigencia de la **presencia personal del menor víctima de delito de contenido sexual ante el Tribunal que conoce del enjuiciamiento** pues, siendo su declaración la prueba capital en esta clase de procedimientos, sólo en casos verdaderamente extraordinarios puede quedar sustraído, con justificación suficiente, ese medio de acreditación al conocimiento directo e inmediato de quienes tienen, en exclusiva, la facultad de valorarlo (en este sentido, la STS de 20 de marzo de 2002, entre otras).*

Razones de orden genérico tales como el padecimiento o la impresión que el niño o la niña, lógicamente, han de sufrir al verse sometidos a esa rememoración de lo acontecido, lamentablemente no pueden ser consideradas suficientes para excluir el contenido nuclear del derecho de defensa de quien es también acusado de tan graves conductas, consistente en disponer de la posibilidad de intentar desvirtuar esa prueba, especialmente cuando constituye el único material probatorio de cargo en el que la Acusación se apoya.

De hecho y por ello, el propio ordenamiento en la actualidad dispone de una serie de instrumentos para evitar, o reducir al menos, la victimización procesal del menor, instrumentos que van desde el estricto control de la práctica de la prueba, siempre con exclusión del carácter público del Juicio oral, por parte de quien preside el acto, limitando la intervención de las partes a lo estrictamente necesario, hasta la posibilidad de llevarse a cabo esa declaración sin enfrentamiento físico y visual entre declarante y acusado, incluso con el recurso

a medios audiovisuales que permitan la estancia del menor en lugar distinto de donde se celebra el Juicio”.

Insiste en la anterior doctrina también la STS de 28.febrero.2000, y cómo no puede eludirse la declaración del menor ante el órgano judicial encargado del enjuiciamiento mediante su sustitución por simples testimonios de referencia.

Cuestiona igualmente el voto particular la justificación de la posibilidad del valor probatorio de esta clase de diligencias preconstituidas por imposibilidad de la reproducción de su práctica en el acto de juicio oral, negando concurren los presupuestos de los arts. 448 y 449 LECrim.

Tras un análisis de la normativa interna que estima aplicable y las exigencias derivadas de textos legales internacionales protectores de los derechos del niño, no entiende acreditada la imposibilidad que fundamenta la incomparecencia a juicio ante el Tribunal sentenciador de la menor perjudicada.

La Decisión marco de referencia –prosigue– *“debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el art. 6 del Convenio) y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.*

Profundiza en el derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo, precisamente, salvo excepciones, en el acto de juicio oral, reproduciendo al respecto reiterada doctrina del Tribunal Constitucional:

“El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterperthinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso

Luca c. Italia, § 40). (STC núm. 57/2002, de 11 de marzo). (...) Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial» (SSTC 155/2002, de 22 de julio; y 206/2003, de 1 de diciembre. En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa » (STC 187/2003, de 27 de octubre, (STC 1/2006))”.

Concluye:

“a) La declaración como testigos de los menores, posibles víctimas de delitos, no debe apartarse de las reglas, garantías y principios básicos de la práctica probatoria general, en concreto de la necesidad, siempre que fuere posible, de su comparecencia en el Juicio oral, declarando allí con estricto cumplimiento de los principios rectores de contradicción e inmediatez.

b) No obstante, en dicha práctica habrán de adoptarse todas las medidas posibles, en línea con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la adecuada protección del declarante, evitándole o reduciendo, en la medida de lo posible, los efectos de la “victimización procesal”, con empleo incluso de herramientas audiovisuales adecuadas y la práctica de la prueba en forma anticipada, si ello fuera preciso, pero siempre a presencia del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

c) Sólo cuando aparezcan circunstancias excepcionales, debidamente acreditadas y, en especial, cuando se evidencie, como consecuencia de la rememoración de los hechos enjuiciados, un concreto peligro grave para la salud psíquica del menor, prevalecerá este interés sobre la exigencia procesal de la declaración en el Juicio.

d) De concurrir la anterior u otras causas de imposibilidad sobrevenida para la prestación del testimonio en el Plenario y ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, podrán ostentar el valor de pruebas “preconstituidas” las declaraciones llevadas a cabo

con anterioridad y sujeción a lo dispuesto en los arts. 448, 449 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que serán introducidas en el acervo probatorio mediante las previsiones establecidas al respecto en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”.

Defiende este primer voto particular la nulidad del juicio celebrado por la Audiencia, ordenando su repetición, para que por un nuevo Tribunal se practiquen las restantes pruebas declaradas pertinentes, procediéndose a tomar declaración a la menor, supuesta víctima de los hechos enjuiciados, salvo verdadera causa de imposibilidad sobrevenida, adoptándose a tal fin cuantas medidas considere dicho Tribunal convenientes (“*dentro de las previsiones legales y posibilidades técnicas, para la más completa y eficaz protección de dicha menor, con estricto respeto a los principios de inmediación y contradicción, así como al derecho de defensa de las partes personadas*”).

El segundo voto particular concurrente del Magistrado Sr. **MONTERDE FERRER** recuerda las oportunidades que ofrecen al respecto la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; desarrollo del art. 39.4 de la Constitución; la Convención de los Derechos del Niño; la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales; Ley 35/95, de 11 de noviembre (de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual); art. 707 LECrim.; 229 LOPJ y 325 LECrim. (los dos últimos en cuanto a la posibilidad de comunicación bidireccional mediante videoconferencia u otro sistema similar), razonando cómo:

“Sólo excepcionalmente, cuando se den las circunstancias (...) de acentuada minoría de edad del testigo-víctima, comprobación por el propio Tribunal (con los asesoramientos pertinentes en su caso) de la realidad y corrección técnica de la exploración y de su grabación en soporte audiovisual, fácilmente reproducible en la vista, y de que se han salvaguardado los principios de inmediación, contradicción y defensa, podrá tenerse la exploración por realizada, y surtir los efectos probatorios que correspondan, sin necesidad de su repetición en el juicio oral”.

Recuerda cómo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 16 de junio de 2005 (“Caso Pupino”), no excluye de ningún modo la realización de aquella prueba “*fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta*”, pero con la intervención de los magistrados encargados del enjuiciamiento en la fase de juicio oral.

Quinto.- Prevención de la reincidencia.

Penas y medidas de seguridad.

Protección de la sociedad versus derechos del delincuente sexual.-

No pueden sentarse conclusiones genéricas ni dogmas, alzaprímado con carácter exclusivo la seguridad ciudadana –aquí traducida en la neutralización perpetua del delincuente sexual acudiendo incluso a la castración química, voluntaria o involuntaria– ni los derechos del condenado por delito sexual (olvidando el peligro de recaída en la comisión de nuevos delitos sexuales).

El riesgo de reincidencia del delincuente sexual es elevado. Es preciso diferenciar el tipo de delincuente sexual; si ataca a adultos o a niños (pederastas); concurrencia con otras enfermedades psiquiátricas; si se contempla mera perversión...

Según un estudio del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, pionero en el ofrecimiento de inhibidores sexuales (inyección de hormonas que inhiben el deseo sexual al reducir la producción de testosterona, medida que comenzará a aplicarse a condenados por delito sexual a partir de los meses de septiembre/octubre 2009³²), el 5,5% de los agresores sexuales reinciden en el mismo delito.

³² “El periódico” 7.octubre.2009, que resume entrevista con la Consejera de Justicia Montserrat Tura”

En el caso de pederastas (autores de delitos sexuales cometidos con niños), “*los datos publicados sobre recidivismo se sitúan entre un 10 y un 50 por ciento, dependiendo del grupo que se ha estudiado*”. Algunos trabajos señalan que los pederastas homosexuales tienen la más alta tasa de recidiva en relación con otros tipos de pederastas. Aunque en general los pederastas homosexuales y bisexuales arrojan una tasa más alta de recidivas que los heterosexuales. Los pederastas incestuosos tienen en general la tasa más baja. Un estudio señala que uno de cada cuatro pederastas heterosexuales y el 50 por ciento de los pederastas homosexuales son recidivistas.³³

El pederasta no es capaz de evolucionar hacia una sexualidad normal, superando la situación edípica, permaneciendo sus complejos. En situación de angustia, persigue a niños logrando alcanzar una situación de superioridad, e identificándose con el niño o niña objeto de deseo.³⁴

El delincuente sexual, y singularmente el pederasta, reclama un tratamiento específico, sin que la falta de estimación de circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad criminal, con influencia en la imputabilidad, se constituya como obstáculo insalvable para arbitrar el tratamiento adecuado. Se trata de utilizar los recursos punitivos (“*castigo*”) a los fines de la prevención especial (“*terapia*”), y por ende, proteger eficaz y simultáneamente a la sociedad. No hay duda que el adecuado tratamiento del delincuente sexual, singularmente del pederasta, ya en el marco de las penas privativas de libertad impuestas –de considerable duración, y a cuyo cumplimiento integro se tiende específicamente en caso de delitos sexuales con condenas superiores a 5 años de prisión– ya en sede de aplicación de medidas de seguridad, o de las

³³ HEREDIA MARTÍNEZ, F. “Valoración Psiquiátrico Forense del Pederasta”. La Ley Penal núm. 55, diciembre 2008, págs. 33 y ss, con cita entre otros de Fagan P.J. Wise Tn, Schmidt CW Jr, Berlin FS. (“*Pedophilia*”). JAMA. 2002; 288; 2458-2465; Vandiver DM. (“*A prospective análisis of juvenile male sex offenders: characteristic and recidivism rates as adults*”), J. Interpers Violence. 2006; 21; 673-688; Beber KM. (“*Differential typology and porgnosis for dissexual behavior —a follow up study of previously expert-appraised child molesters*”), Int. J. Legal Med. 1998;11; 133-141.

³⁴ JOIS MC. DOUGAL, citado por HEREDIA MARTÍNEZ.

obligaciones impuestas al sometido a la proyectada libertad vigilada, redundará no sólo en beneficio del delincuente social, sino también de la propia sociedad.

Respecto a los tratamientos adecuados, *“entre los actualmente disponibles para este comportamiento perverso se encuentran las terapias de modificación de conducta (terapias del tipo cognitivo conductual), psicoterapia de grupo, y medicación hormonal con andrógenos, que disminuyen el apetito sexual. Otros métodos, como la castración, están siendo desechados por las complicaciones que producen, además de los problemas éticos y deontológicos que generan.*

Parece razonable considerar la pedofilia como un trastorno del comportamiento sexual de tipo crónico, pero tratable en términos de desarrollar estrategias para la prevención de esa conducta.

*“Finalmente, considero –apunta **HEREDIA MARTÍNEZ**³⁵– que la reducción de la prevalencia de los actos pederásticos requiere la colaboración entre el sistema de justicia penal y los servicios de salud mental comunitarios”.*

¿Arbitran el Código Penal y la legislación penitenciaria penas y/o medidas suficientemente eficaces para prevenir la problemática derivada de la reincidencia en delitos sexuales, tutelando adecuadamente la sociedad?

- Las penas previstas para estos delitos son elevadas. En algunos supuestos –v. gr., las asignadas a las agresiones sexuales de los arts. 179 y 180 o en el proyectado art. 183 CP, se equiparan o incluso superan las correspondientes al homicidio doloso, cuestionándose su proporcionalidad.

- Con carácter general, el art. 57 CP posibilita la imposición, ante condena por los delitos contemplados, de una o varias de las prohibiciones establecidas en el art. 48 CP (privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; prohibición de

³⁵ Op. cit. La reducción de la reincidencia de los actos pederásticos requiere la colaboración entre el sistema de Justicia Penal y los servicios de salud mental comunitarios.

aproximación a la víctima, familiares u otras personas que determine el Tribunal; prohibición de comunicación con estas mismas personas; posibilidad de control de cumplimiento de estas medidas mediante medios electrónicos), hasta 10 ó 5 años, según se contemple delito grave o menos grave. Prohibiciones por tiempo superior entre 1 á 10 años a partir de la duración de la pena de prisión impuesta. Pueden imponerse incluso ante faltas de coacciones del art. 620 CP, a las que pueden reconducirse comportamientos sexuales in consentidos de menor gravedad (tocamientos o apretones en lugares de aglomeración, etc).

En sede de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad, y por extensión en los casos de sustitución de las mismas (art. 88 CP), puede condicionarse la eficacia del beneficio al cumplimiento de obligaciones o deberes por el penado. Entre otros, las de participar en programas formativos, de educación sexual y similares, o *“cumplir los deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”*.

- En el elenco de medidas de seguridad que contempla el Código Penal (arts. 95 y ss) se mencionan, en sede de medidas privativas de libertad, el internamiento en centro educativo especial. En sede de medidas no privativas de libertad, se enumera la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios; la propia custodia familiar, o *“el sometimiento a programas de (...) educación sexual y otros similares”*.

Serán aplicables siempre que concurren los presupuestos previstos en el art. 95 CP (comisión de delitos y pronóstico de comportamiento futuro que revelen la probabilidad de comisión de nuevos delitos).

- Al sometido a libertad condicional pueden imponérsele, entre otras, la obligación de participación en programas de educación sexual o similares, o el cumplimiento de las obligaciones o deberes de acudir a determinados lugares; de aproximarse a la víctima; de

participar en programas de educación sexual o similares (art. 90.2, con relación al art. 83 CP).

El Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero), prevé, en primer término, entre los “*datos penitenciarios especialmente protegidos*” los de carácter personal de los reclusos relativos a la vida sexual, recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o de los programas de tratamiento penitenciarios. Sólo pueden ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y escrito del recluso afectado, aunque se permite hacerlo “*cuando por razones de interés general así lo disponga una ley*”.

Entre los criterios o variables de clasificación de primer grado, menciona a los internos catalogados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave; con específica alusión, como factor determinante de clasificación, a la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denoten personalidad agresiva o violenta, o a la “*comisión de actos que atenten contra la libertad sexual, cometidos en modos o formas especialmente violentos*” (art. 102).

El art. 116.4 dispone: “*La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios*”.

El art. 169 RP prohíbe destinar a los departamentos mixtos a los internos condenados por delitos contra la libertad sexual.

Respecto a soluciones que impliquen castración química, o incluso anulación o neutralización del deseo sexual, no hay base legal en la legislación para imponerlas en contra de la voluntad del penado que goce de plena capacidad jurídica. La castración química –y mucho menos la quirúrgica– a los condenados por

delitos contra libertad e indemnidad sexual no encuentra defensa en nuestro ordenamiento constitucional.

Con independencia de su eficacia –no pacíficamente aceptada– no puede obligarse a ningún penado a someterse a las mismas. La aplicación obligatoria implicaría renacer la pena corporal. Colisionaría frontalmente con la tutela constitucional de la dignidad humana (art. 10 Constitución) –naturalmente predicable también respecto al delincuente sexual–. Chocaría con el derecho a la vida y a la integridad física y moral y entraría de lleno en el ámbito del concepto de pena degradante.

La resocialización predicable de la pena privativa de libertad, extensiva a la proyectada pena de libertad vigilada, debe alcanzarse también en los delitos contemplados, dentro naturalmente del respeto a los derechos fundamentales, acudiendo a otros cauces, a los propios de la pena (prevención general y especial) y no limitarse a operar en un ámbito puramente físico.

De otro lado, en caso de obligatoriedad de la medida, siempre el médico podría acudir a la objeción de conciencia.

No hay base en la legislación penal sustantiva ni en la penitenciaria para la castración química, ni siquiera voluntaria del penado.

Los recursos legales existentes posibilitan, a mi entender, un adecuado tratamiento del delincuente sexual, reincidencia incluida. Más allá de las previsiones legales, cualquier actuación en el ámbito corporal (físico o psíquico) de éste o de cualquier tipo de delincuente debe insoslayablemente pasar por su consentimiento, voluntariamente prestado. Ello no deviene incompatible con la posibilidad de premiar el libre sometimiento a pautas relativas de tratamiento, siempre que resulten respetuosas con la dignidad humana, al modo previsto, v.gr., para los penados que hayan delinquido por causa de su dependencia a estupefacientes y drogas (art. 87 CP).

Como en tantas otras ocasiones, antes que la ausencia de remedios legislativos, lo denunciable es la falta de aplicación de las

previsiones legales, la inobservancia de los controles establecidos, de cumplimiento de condenas impuestas. El cúmulo de miles de ejecutorias polvorientas en las mesas de los Juzgados; la falta de coordinación de archivos policiales o la inexistencia hasta ahora de posibilidad de acceso al “Registro de Pederastas”; la ausencia de un auténtico estudio serio de las características criminológicas del penado y consiguientemente de un acertado pronóstico sobre riesgo de reincidencia delictiva..., conducen, frecuentemente, a una deficiente tutela de la sociedad. Los remedios legislativos devendrán ineficaces si no van seguidos de los correspondientes medios orgánicos y materiales.

El adecuado control del cumplimiento de las penas; el uso racional y eficaz –tutelando a la sociedad, y persiguiendo la rehabilitación del delincuente sexual– del amplio elenco de medidas previstas en la legislación penal sustantiva y penitenciaria, evitarían situaciones lamentables, la reincidencia en graves conductas de penados por delito sexual, que provocan alarma social.

La extensión de la proyectada pena de libertad vigilada a los delincuentes sociales ofrece nuevas posibilidades.

Entre las obligaciones que pueden imponerse al penado y sometido a un régimen de libertad vigilada, se apunta “*la de seguir tratamiento médico externo*” (art. 49 bis, 2 k).

En casos de inimputabilidad o imputabilidad disminuida es posible que el sujeto sometido a tratamiento médico no pueda ejercer plenamente la decisión sobre su admisión o rechazo³⁶. Entonces cabría desplazar esa decisión a otra persona en su lugar. No acontece lo mismo en los supuestos de libertad vigilada.

La articulación de cualquier tratamiento médico reclamará la decisión voluntaria del sujeto, como corolario del derecho del paciente al consentimiento informado, de rechazar el tratamiento que no puede imponerse.

³⁶ En este sentido, Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal, citado.

La imposición de un tratamiento obligatorio está abocado a su fracaso. Podrán articularse remedios para obtener la colaboración del sujeto en su propio tratamiento, el concienciarle de su necesidad, pero nunca imponerlo.

La **COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA EN DELITOS GRAVES**, tras insistir en la necesidad de coordinación de actuaciones en los distintos niveles, considera que *“en el marco de un tratamiento global, es posible aplicar medidas médicas que pueden incluir la denominada supresión hormonal reversible, en los casos en que, como complemento de las medidas psicológicas y las actuaciones penales adecuadas al caso, puedan ser un estímulo positivo para la reinserción social.*

Conforme a la legislación vigente, la concreción de esta acción médica debe ser aceptada por el condenado una vez sea informado de los aspectos favorables y desfavorables del tratamiento.

En todo caso, la aplicación de dicha medida debe ser objeto de una evaluación clínica individualizada, a fin de realizar un seguimiento de su eficacia y cumplimiento. La supresión hormonal reversible y otros tratamientos farmacológicos se deben considerar una herramienta complementaria de los tratamientos psicosociales y no se pueden utilizar aisladamente”.

Recientemente, como hemos expuesto, se ha anunciado la administración a delincuentes sexuales (concretamente violadores) de inhibidores sexuales. Concretamente, Cataluña descuella como la primera Comunidad Autónoma que aplicará este tratamiento, tendente a reducir la producción de testosterona y con ello el deseo sexual. El tratamiento es reversible, toda vez que los efectos –según se anuncia– acaban cuando la persona deja de recibirlo. Debe ir acompañado de atención psicológica. Nos parece aceptable y legítima tal previsión, siempre que se persiga de forma eficaz la plena integración del condenado por delito sexual y exista libre voluntad por éste de someterse al tratamiento. La aceptación puede

valorarse como positiva, cara a la reinserción, pero no configurarse como medida que haga peligrar la libre decisión del condenado.³⁷

En cualquier caso, únicamente cuando se agoten las posibilidades ofrecidas por la legislación vigente, cabe aludir, de constatar su insuficiencia, a otros remedios. Cualquier acto médico, incluyendo el tratamiento farmacológico, sobre el penado debe partir de su consentimiento y tratamiento psicosocial complementario. A partir de tales premisas, y en lo relativo a delitos sexuales, existiendo suficientes investigaciones científicas que demuestran que la aplicación de determinados programas terapéuticos disminuye significativamente la reincidencia, como

³⁷ Publica "La Vanguardia Digital" (de 18.9.2009) nuevos detalles sobre dicho tratamiento pionero a los penados por delitos sexuales que voluntariamente acepten su seguimiento:

Se aplicará inicial aproximadamente a **40 presos** por delitos sexuales graves encarcelados en Cataluña, que podrán recibir, de forma voluntaria, un tratamiento farmacológico inhibidor del deseo sexual para evitar su reincidencia, en los próximos diez años, durante los que se prevé puedan salir con permisos penitenciarios.

La consejera de Justicia de la Generalitat presentó el *Protocolo del tratamiento farmacológico coadyuvante en la intervención de los delincuentes sexuales*. Se aplicará no sólo a violadores reincidentes, sino también a condenados por pedofilia que han causado más de una víctima.

Los fármacos no pueden garantizar que desaparezca del todo el riesgo de reincidencia de los violadores. También podrán optar al tratamiento farmacológico los presos por delitos de **sadismo sexual** y por trastorno sádico de personalidad condenados por un delito sexual. El Protocolo reforzará el programa ya existente de tratamiento de delincuentes sexuales, denominado SAC ("*sexual aggressor control*"), que se aplica actualmente en los centros sanitarios catalanes.

Se aplicará únicamente a los internos que voluntariamente lo soliciten, tras creerlo adecuado los equipos médicos especializados.

Cuando falten tres años para el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, el equipo de especialistas del SAC realizará una valoración y recomendará, en el caso de considerarlo conveniente, el ingreso del preso en cuestión en un centro especialista para aplicar el programa de forma más intensiva y, en última instancia, optar a la medicación farmacológica.

El psiquiatra responsable del programa SAC estudiará cada caso siete meses antes de la previsión de salida al exterior del preso y, en caso de que su valoración sea positiva en la aplicación del tratamiento, se redactará una historia clínica en la que se mirará si no existen contraindicaciones graves para la administración de los medicamentos.

Finalmente, cuatro meses antes de la aplicación de cualquier salida de prisión se iniciará la administración de los medicamentos, que podrán ser por vía oral o inyectable.

Los fármacos que se prevé administrar son fluoxetina (oral), criptolerina y leuprolerina (inyecciones).

Los presos que opten por este tipo de tratamientos con fármacos "no obtendrán beneficios penitenciarios". Este extremo consta explícitamente en el citado Protocolo. Por el contrario, si un preso lo abandona o manipula al salir de permiso, las autoridades penitenciarias tendrán este hecho en cuenta sin que deba implicar sanción disciplinaria. Tras el cumplimiento de la condena, las personas que hayan seguido uno de estos tratamientos deberán continuar con los mismos en los centros de salud mental de la red sanitaria.

apunta la **COMISIÓN DE PREVENCIÓN**, no hay que descartar la adopción de soluciones a este nivel.

Ni la castración química, ni la imposición de otros tratamientos médicos no aceptados por el condenado por delito sexual, ni el constante incremento de las penas constituyen la panacea frente al problema analizado.

Ya apuntaba **BECCARIA**³⁸ cómo “*No por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo esa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia*”.

Éste ha de ser el punto de partida.

Tarragona, septiembre de 2009.

³⁸ “*De los delitos y de las penas*”.