

#### IV CONGRESO DE ALUMNOS DE DERECHO PENAL

Los días 16 al 18 de marzo de 1992 la Universidad de Salamanca organizó el IV Congreso de Alumnos de Derecho Penal al que asistieron una nutrida representación de alumnos de nuestra Facultad. En él obtuvo el primer premio el siguiente trabajo presentado por las alumnas de nuestra Facultad Margarita Hernández Fuentes y María José García Tárraga:

##### REFLEXIONES SOBRE LA FIGURA DEL MENOR COMO SUJETO ESPECIALMENTE VULNERABLE

«El ser humano aprende en la medida en que participa en el descubrimiento y la invención. Debe tener libertad para opinar, para equivocarse, para rectificar, para ensayar métodos y para explorar. De otra manera, a lo más, haremos eruditos y en el peor de los casos ratas de biblioteca y locos repetidores de libros santificados».

(Ernesto Sábato, «APOLOGÍAS Y RECHAZOS»)

Este trabajo no representa más que un intento de transcribir, quizás con torpe pluma, alguna de las reflexiones que nos han ido surgiendo al hilo de las indagaciones hechas para su confección. Los datos que aquí se relacionan intentan resumir la dramática situación de indefensión que sufre el menor de nuestro entorno porque demostrar el sufrimiento humano es tarea harto imposible.

La Historia de la infancia, como la de determinadas clases, en nuestra humanidad no ha sido muy feliz que digamos, y es que el mal viene de lejos, p. ej.:

— Aristóteles asimilaba el niño al esclavo.

— En Roma si un padre no aceptaba a su hijo, éste se iba a la calle y se convertía en pícaro o en un explotado.

— Durante la Edad Media estaban permitidas, en algunos supuestos, las ventas de niños y de hombres.

Pero aún cuando se diga que el niño es un «invento moderno», de fines del s. XVIII, no se puede mantener que hoy en los albores del 3<sup>er</sup> milenio exista un absoluto respeto a lo que se dice en la bella Declaración de los derechos del niño (1977).

Según la ONU cada 8 segundos un niño abandona para siempre la escuela, cada 26 deja definitivamente su hogar, cada 45 es violado, cada 35 asesinado o herido. Cada 30 segundos una adolescente da a luz, cada 7 un niño es arrestado por delitos de droga y cada segundo mueren 50 niños de hambre.

Si tras la lectura de estas cifras ciertas y contrastadas —que aunque se redujesen a la mitad seguirían siendo crueles y vergonzosas— continuamos impasibles algo grave y terrible nos está ocurriendo. Como algún día dijo el poeta:

«Por la calle vi a una niña aterida,  
tiritando de frío, dentro de un ligero  
vestidito y con pocas perspectivas  
de conseguir una comida decente.  
Me encolericé con Dios y le dije:  
¿Por qué no haces nada para solucionarlo?  
¿Por qué permites estas cosas?  
Durante un rato, Dios guardó silencio.  
Pero aquella noche, de improviso,  
me respondió: «Ciertamente que he hecho algo:  
te he hecho a ti para cambiarlo».

Hay que decir (como el Quijote dijo a Sancho) que con la Iglesia hemos topado porque optar por una auténtica defensa del menor significa situarnos

en el centro de las estructuras sociales e intentar afrontar las contradicciones inmersas en ellas y transformarlas... ¿Nos interesa?

Bueno, en este punto del camino, no me quedan ánimos para seguir, como el ciego del romance, tanteando con mi palo el incierto sendero por el que andamos M<sup>a</sup> José y yo, por ello hago mías las palabras del Prof. D. CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA y os digo que no sé si podremos concluir o no este trabajo, pero en cualquier caso ése ha sido nuestro objetivo y nuestra esperanza.

## I. HACIA UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

### A) CONCEPTO DE VÍCTIMA

#### 1. *La víctima en la ciencia penal*

Hasta la consolidación de la victimología como disciplina científica, la víctima era despreciada por el Derecho Penal, el Derecho Procesal, la Política criminal y la Criminología: «La víctima sólo inspiraba compasión»:

— La Criminología centraba su estudio en la persona del infractor; la víctima era un sujeto pasivo y fungible que nada aportaba al nacimiento del delito.

— El Derecho Penal, por distintas razones, también se había volcado en la persona del delincuente, en sus derechos y garantías. El Estado Social dirige sus esfuerzos y recursos al penado olvidando que la víctima necesita a menudo resocialización.

— La Política Criminal procura anticiparse al crimen y prevenirlo operando sobre el infractor potencial, desconociendo la interacción víctima-autor.

Será tras la II Guerra Mundial cuando la figura de la víctima cobre un protagonismo creciente, y se llegue a hablar del «redescubrimiento de la víctima»: el sistema legal, la Criminología, la Política Criminal y la Psicología Social comienzan a otorgarle la importancia que se merece.

Varias son las circunstancias que contribuyen al resurgimiento de la víctima:

1. El legado de HENTING y MENDELSON (precursores de la Victimología) que demuestran la interacción entre autor y víctima del delito.

2. El desarrollo en el ámbito de la Psicología Social de una serie de modelos teóricos capaces de interpretar y explicar los datos obtenidos por las investigaciones criminológicas.

3. Las aportaciones experimentales de LATANE y DARLEY sobre la dinámica de la intervención de los espectadores en las situaciones de emergencias y los estudios en torno al comportamiento de asistencia/abandono a la víctima de un delito.

4. El perfeccionamiento y credibilidad que las encuestas de victimización comienzan a tener en los años 70, consideradas como un útil instrumento para informar sobre la población realmente victimizada.

5. El impulso que el movimiento feminista dio a otros colectivos de alto riesgo al llamar la atención sobre la violencia de la mujer y al promover programas de asistencia e investigaciones teóricas sobre el tema.

Y es que se habla de «redescubrimiento» de la víctima porque ésta había perdido su protagonismo con el nacimiento del Estado y del Proceso penal como instituciones públicas: desde el momento en el que el Estado monopoliza la reacción penal el papel de la víctima se va difuminando. El sistema penal desea neutralizar su rol por temor a la «víctima justiciera» o a que se socialice el interés de una víctima por determinados grupos sociales próximos (lo que provocaría peligrosas reacciones de venganza en nombre de la justicia, la inseguridad jurídica o de la prevención del delito).

## 2. *Concepto de víctima*

Abordamos el estudio de un concepto problemático:

—Se discute sobre «quién» puede ser víctima, ¿sólo la persona física?

—Se discuten también las causas y agentes de la victimización ¿sólo se es víctima de los actos criminales o de accidentes o sucesos de la naturaleza más variada?

No existe unanimidad en la doctrina sobre la posibilidad de tratar con un concepto unitario porque la realidad criminal lo impediría.

El concepto del vocablo «VÍCTIMA» apela a dos acepciones:

—«Vincire»: animales que se sacrifican a los dioses.

—«Vincere»: sujeto vencido.

Para nuestro estudio la primera acepción carecería de sentido ya que nos interesa la víctima que sufre el perjuicio. Partiendo de tal presupuesto, el concepto originario nace y se perfila dentro de la «pareja criminal» —delincuente versus víctima—, es por ello, por lo que inicialmente no hay más víctima que la persona humana.

En vista de todo lo cual, podríamos definirlo, en un principio, como: «persona natural que experimenta subjetivamente una lesión objetiva de sus bienes jurídicos con malestar o dolor». De este concepto participan HENTING, PAASCH, ZIPF y otros.

Pero ésta sería una concepción restrictiva que deja fuera todos aquellos comportamientos criminales contra personas jurídicas o intereses supraindividuales, lo que no quiere decir que estos delitos no tengan víctimas sino que en ese ámbito (sobre todo los delitos de cuello blanco...) la acepción tradicional carece de oportunidad y que el concepto se volatiliza. Además, hay que matizar que, en un amplio sector de la criminalidad de nuestro tiempo las relaciones autor-víctima del acto delictivo se caracterizan por una progresiva despersonalización, colectivización o anonimato.

Tales características se utilizan, según recientes investigaciones como mecanismos de neutralización o justificación que intervienen en sutiles estrategias de racionalización o autoexculpación para defenderse del complejo de culpa o autodegradación que ponen en marcha estos delincuentes, por lo que para una eficaz prevención del delito hay que tener en cuenta los efectos y consecuencias de esos caracteres.

Las Naciones Unidas, preocupadas en los últimos años por la problemática de las víctimas, no la abordan directamente hasta 1985 cuando aprueba (29-11-1985) el texto recomendado por el VII Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente, «La Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder» (Declaración que se incluye como anexo en la Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU).

En esta Declaración se considera «víctima» a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños (inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales) como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prohíbe el abuso de poder.

También declara que podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente también de la relación familiar entre perpetrador y víctima.

En la expresión «víctima» además se incluye, en su caso, a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o prevenir su victimización.

Las disposiciones de esta Declaración son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, sexo, color, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política —o de otra índole—, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social o impedimento físico.

A modo de conclusión podemos decir que en dicho documento se ha superado aquella restrictiva concepción inicial del término «víctima».

### 3. *Los distintos tipos de víctima*

Debemos señalar que existen tantas clasificaciones sobre los tipos de víctimas como autores se han ocupado del tema; de éstas hemos escogido las dos que, a nuestro modesto entender, parecen más claras, actuales y completas:

A) La realizada por el Prof. D. GERARDO LANDROVE DÍAZ en su libro «Victimología» (1990), que esquematiza los distintos tipos del siguiente modo:

#### 1. Víctimas NO PARTICIPANTES (o fungibles).

Son llamadas también víctimas enteramente inocentes o ideales. Aquí, la relación criminal-víctima es irrelevante, si es que existe, y es por ello por lo que la víctima se considera fungible.

El hecho delictivo no se desencadena por su intervención consciente o inconsciente, todos los miembros de la colectividad son «posibles» víctimas. Dentro del tipo suele diferenciarse entre:

—Víctimas accidentales: aparecen colocadas en el hecho delictivo por azar.

—Víctimas indiscriminadas: no sustentan en momento alguno vinculación con el infractor.

## 2. Víctimas PARTICIPANTES.

Desempeñan cierto papel en la génesis del delito, intervienen voluntariamente o no en el iter criminis, ya sea omitiendo las previsiones más lógicas para evitar ser víctimas, ya provocándolo previamente, ya porque incitan al delito o éste es fruto de un pacto asumido libremente o en fin, ya sea porque se colocan en posición de ser víctimas y sólo depende del azar que lo sean o no.

## 3. Víctimas FAMILIARES.

Se tiene en cuenta, aquí, que la víctima pertenezca al grupo familiar del infractor. Este tipo generalmente es el destinatario de malos tratos y agresiones sexuales y donde existe una elevada «cifra negra». Se refleja sobre los miembros más débiles del grupo familiar, mujeres y niños.

## 4. Víctimas COLECTIVAS.

Con la superación de la concepción restrictiva de la noción de víctima se ha ido abriendo paso la idea de que en algunos casos son muchos los victimizados (las personas jurídicas, determinados colectivos, el Estado también puede ser víctima) ya que algunos tipos penales ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos cuyo titular no es la persona natural, por ello hay que reseñar de nuevo las características de despersonalización, colectivización y anonimato que califican la criminalidad actual con lo que al lado de la víctima tradicional individual aparece una nueva víctima cuya dimensión es colectiva.

## 5. Víctimas ESPECIALMENTE VULNERABLES.

Ciertos sujetos, por circunstancias de diversa naturaleza, ofrecen una predisposición específica para convertirse en víctimas. Este tipo hay que relacionarlo con uno de los temas favoritos de la victimología «La vulnerabilidad de la víctima» (o «victimización RISIC»).

La Teoría de la «vulnerabilidad de la víctima: alude al riesgo que corre una persona o colectivo determinado de convertirse en víctima de ciertos delitos. Estudios e investigaciones permiten constatar dos datos sobre la cuestión que nos ocupa:

a) Existen factores objetivos que determinan el riesgo específico de las personas en quien concurren para convertirse en víctima.

b) Los índices de victimización no se reparten de forma uniforme en el cuerpo social.

Las circunstancias que influyen en ese riesgo específico son clasificables

en personales (edad, estado físico, raza, sexo) y sociales (posición económica, estilo de vida, profesión...).

#### 6. Víctimas SIMBÓLICAS.

La victimización se produce con la específica finalidad de atacar un sistema de valores, un partido político, una ideología familiar, etc..., determinados, al que la víctima pertenece y de la que son elementos representativos.

#### 7. La FALSA VÍCTIMA.

Tipo que representa a aquellos sujetos que por diferentes razones (lucro, venganza, autoexculpación, deseo de llamar la atención...) denuncian un delito que nunca existió. Se puede distinguir aquí:

—Víctimas simuladoras: realizan conscientemente esa falsa imputación con la intención de provocar un error judicial.

—Víctimas imaginarias: aquellas personas que erróneamente creen haber sido objeto de una agresión criminal.

B) La que NEUMAN, en su libro «El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales», recoge:

ELIAS NEUMAN divide a las víctimas en cuatro tipos: individuales, familiares, colectivas y sociales.

#### 1. Víctimas INDIVIDUALES.

Distingue si tienen actitud victimal o no y si la tienen si ésta es culposa o dolosa (las expresiones culposa/dolosa subrayan los matices de la actitud victimal, no presentan connotaciones de la ley penal). Así esquemáticamente se clasifican:

a. V. individuales sin actitud victimal son inocentes y resistentes.

b. V. individuales con actitud victimal:

a'. Culposas, son:

—V. provocadoras (legítima defensa).

—V. provocadoras genéricas.

—V. cooperadoras o coadyuvantes.

—V. solicitantes o rogantes (mutilación, eutanasia).

b'. Dolosas, son:

—V. por su propia determinación (suicidio).

—V. delincuentes (ciertos timos en la estafa).

2. Víctimas FAMILIARES.



- a. Niños golpeados y explotados económicamente (trabajo, instigación a robar).
  - b. Mujeres maltratadas.
  - c. Delitos de ámbito conyugal (violación, incesto...).
3. Víctimas COLECTIVAS.

Diferencia aquí según el ámbito de la comunidad lesionada con la conducta criminal:

- La comunidad como nación (traición, sedición, rebelión...).
- La comunidad social (terrorismo, genocidio, delitos de cuello blanco, tráfico de drogas, censura y uso abusivo de medios de comunicación...).
- Determinados grupos comunitarios por medio del sistema penal (leyes que crean o favorecen delincuencia, detenidos en sede policial, inoperancia en la reinserción social de los liberados, dificultades para el resarcimiento económico de las víctimas...).

4. Víctimas de la SOCIEDAD o del SISTEMA SOCIAL.

Esta última categorización se refiere a las personas especialmente vulnerables pero consideradas en su dimensión social (niños, enfermos, locos, minusválidos, ancianos, marginados sociales, minorías étnicas, raciales y religiosas, homosexuales, trabajadores...).

B) CONCEPTO DE MENOR

La edad de las personas ha sido siempre un dato relevante para el Derecho —incluido el Penal— en la generalidad de experiencias históricas.

Por el tema que nos ocupa vamos a intentar clasificar en qué consiste la minoría de edad penal, aunque sólo refiriéndonos al menor como sujeto pasivo del delito —puesto que ningún texto legal alude a ello sino al hilo de las consideraciones sobre el menor como sujeto activo del hecho criminal—.

a) Como sujeto activo de la conducta criminal

Fruto de las ideas del humanitarismo liberal del siglo pasado nace un movimiento que si bien se declara «protector del menor» en realidad encubre una tendencia conservadora que lo que intenta salvaguardar son las estructuras sociales, y es en ese grupo de ideas trasnochadas donde se cimenta el sistema actual de ¿protección al menor?

Antes de abordar el tema proponemos una serie de reflexiones:

—¿Desde y hasta cuándo el menor —por su desarrollo individual y la situación en que se encuentra— debe recibir una respuesta específica por parte de las instituciones sociales a un comportamiento transgresor?

—¿Cómo ha de determinarse ese estadio madurativo personal y cómo ha de verificarse esa respuesta?

—¿Cuándo el menor se hace merecedor de la actuación del control social?

Y es que para nosotros tan o más importante que el cuándo (el criterio temporal) es el cómo (el procedimiento de apreciación de esa edad penal), porque la realidad nos muestra el anacronismo del sistema protector del menor, como instrumento de subordinación y basado en su falta de madurez, en relación con la evolución alcanzada hoy por la adolescencia y su posición respecto del grupo «menores».

En este punto del camino vamos a ver qué ocurre en los países de nuestro entorno:

La mayoría de estos países distinguen diversas categorías de menores (niños menores, adolescentes, jóvenes y semiadultos) según se hallen en un período delimitado de edad, por lo que suele existir un Derecho Penal de menores y otro de jóvenes, distintos ambos del Derecho Penal de adultos.

En el sistema francés la irresponsabilidad penal de los menores es hasta los 18 años. La medida educativa es la regla general y la sanción penal la excepción. Los establecimientos institucionales para la atención de los jóvenes pueden ser estatales y privados.

En Alemania existe un Derecho Penal de menores que contempla tres estadios en la edad en sede de inimputabilidad penal, y otorga diferente tratamiento según dichos estadios. La medida en este sistema para apreciar la responsabilidad no es la edad sino «el estado de desarrollo moral y espiritual del joven al tiempo de cometer el delito». Las penas o medidas sancionadoras, si superan los 6 meses sólo se aplicarán cuando las medidas educativas o disciplinarias sean inoperantes.

En Italia la responsabilidad del menor viene matizada según se tenga 18 ó 14 años:

—Hasta los 14 años el menor está exento de responsabilidad criminal pero puede internarse en una «Casa de Salud» o correccional público o someterlo a libertad vigilada.

—De los 14 a los 18 años existirá responsabilidad si se prueba la capacidad de entender y querer, pero la pena se atenuará y se cumplirá en lugares separados de las instituciones de adultos.

—¿Cómo trata el sistema penal español al menor?

Aunque en España existían figuras históricas para dar tratamiento específico a las conductas transgresoras de los menores, no será hasta bien entrado el siglo XIX cuando estos temas se afrontan en el plano institucional.

Los Códigos Penales, a partir del primero, se ocupan del menor para estimar su condición relevante desde el punto de vista de la imputabilidad pero nada se dice del menor como víctima del delito.

Con el Código Penal de 1928 se establece el límite o la frontera de la responsabilidad penal en los 16 años y a los menores de dicha edad a la Jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores. Se opta pues por la fórmula biológica pura sin tener en cuenta para nada el criterio del discernimiento como afirma la Profesora de D. Penal D<sup>a</sup> Rocío Cantarero. Este criterio cronológico fue recogido en el Código Penal de 1932 y pasó al actual.

De este modo la ley penal, a diferencia de la civil, contempla al menor de modo limitativo pues sólo deslinda la competencia y las sanciones que son aplicables a tales sujetos (no hay que olvidar que el D. Penal es un Derecho de adultos cuyos contenidos no pueden extenderse al menor sin atentar contra sus propios principios básicos).

La actual legislación penal española fija la edad límite para exigir responsabilidad criminal, como ya hemos dicho antes, en 16 años. Regla que viene formulada por una norma penal y ciertas excepciones:

—La norma general está contenida en el art. 8.2º del CP, que dice: «Están exentos de responsabilidad criminal:

1º .....

2º El menor de 16 años. Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute algún acto penado por la ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores...».

Pero el art. 8.2º debe ser matizado con el art. 65 que considera la edad del sujeto como atenuante el establecer que el menor de 18 años y mayores de 16 años se les aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley. Y todavía más, pues la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 en su art. 9.2º prescribe que los jóvenes deberán cumplir la pena separadamente de los adultos en establecimientos distintos, o,

en todo caso, en departamentos separados. A efectos de esta ley se entiende por jóvenes a personas de ambos sexos que no hayan cumplido 21 años y excepcionalmente teniendo en cuenta la personalidad del sujeto quienes no hayan alcanzado los 25.

En atención a dichos preceptos la doctrina ha distinguido varios tipos de menores:

a. Menor delincuente: aquellos que delinquen antes de cumplir los 16 años.

b. Delincuencia juvenil: los menores de 18 años. En sentido estricto.

c. Jóvenes adultos (según terminología utilizada en derecho comparado): mayores de 18 años y menores de 25.

—Las excepciones vienen representadas por los supuestos especiales contemplados por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y por el Código de Justicia Militar.

Por otro lado, hay que añadir que el límite de minoría de edad penal en los últimos intentos de reforma del Código Penal ha oscilado, así mientras que el Proyecto de C.P. de 1980 establece la minoría en 15 años, el Anteproyecto de 1983 en 18, y el increíble Anteproyecto de 1992 mantiene el mismo criterio que el parcheado Código vigente.

Todo esto nos hace suponer que nuestro legislador duda «un poco» a la hora de establecer un criterio coherente.

#### b) Como víctima

Nótese que siempre nos hemos referido al menor transgresor de la ley penal, al menor delincuente, pero nunca como víctima, porque a través de toda la bibliografía consultada no nos ha aparecido ningún dato del que pudiésemos extraer una certera conclusión para el interrogante que se nos había planteado: ¿Qué edad cabría considerar? ¿La minoría de edad penal o la civil?

Nosotros optamos por la segunda posibilidad: aproximar la edad penal al criterio mantenido por el Código Civil, con vistas a lograr una protección lo más efectiva posible e incluso, extendiendo tal idea, ampliarla hasta comprender a los llamados «jóvenes adultos».

## II. EL MENOR COMO VÍCTIMA

### INTRODUCCIÓN

Al hilo de la exposición de los diferentes tipos de víctimas, mencionamos a grupos —víctimas familiares y víctimas especialmente vulnerables— en los que encajaría el menor como objeto directo e indirecto del perjuicio causado por la conducta criminal.

En lo que la doctrina denomina victimización primaria, el menor, por su especial condición de miembro débil de la sociedad, tiene una gran predisposición para convertirse en víctima, no sólo como sujeto pasivo de algunos tipos penales como podrían ser los malos tratos o los delitos contra la libertad sexual, etc... sino que también como víctima indirecta de otros actos criminales que no recaen sobre su persona y yendo más allá como víctima de la sociedad.

Esas formas de victimización generan grandes desequilibrios emocionales que empujan a la delincuencia, por lo que se convierten en un fenómeno criminógeno de primera magnitud.

Buscando datos para el trabajo cayó en nuestras manos el prólogo del Diario de El Vaquilla en el que ofrece una síntesis de su vida: «De pequeño pude saber, por mis tíos, que contando sólo unos meses de vida ya formaba parte del mundo de la cárcel. La primera emoción que recuerdo es el dolor que producen los golpes. Separado de mi madre nunca pude ser niño. Mi vida, mi abandono y mi soledad, me obligaron a comportarme como un hombre. Debía buscarme todo porque carecía de todo. Mi casa siempre fue la calle, el frío, los insomnios de las noches desoladas. La esperanza de encontrar amor en los demás acabó por perderse, fui creciendo, familiarizándome con el mal, endureciendo mi alma y asombrándome del bien... cuando surgía, porque apenas lo conocí y nunca me lo enseñaron, en los reformatorios donde estuve nunca hicieron nada por educarme, ni trataron siquiera de que no me convirtiese en lo que más tarde llegué a ser...».

Parece lejano, pero basta con abrir la puerta y salir a la calle para descubrir cómo el niño del siglo XX sigue siendo abandonado, maltratado, marginado por ésta nuestra sociedad que es tan avanzada unas veces y tan retrasada otras.

Vamos ahora, a hacer una breve referencia a la «VICTIMIZACIÓN

SECUNDARIA». Ésta es fruto de la relación del menor con el sistema jurídico-penal. Con frecuencia, esta segunda experiencia victimal, resulta más perjudicial que la primaria porque incrementa el daño causado por el delito con otros de tipo psicológico e incluso físico. También, porque afecta al prestigio del sistema y condiciona la actitud futura del menor frente a éste. Una serie de cuestiones nos surgen en este punto del camino:

—¿Son efectivos los establecimientos tutelares creados para la protección del menor?

—¿Funcionan las medidas de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores?

—¿Procesalmente, son conculcadas las garantías y derechos en el marco de esa jurisdicción tutelar?

Por lo que hemos leído, al respecto, vemos que tales lugares y las medidas lejos de ser eficaces resultan anacrónicas hoy día y además, proporcionan al menor más perjuicios que beneficios. A la tercera cuestión cabe responder un SÍ rotundo, pero para no ser pesadas no abordamos el tema. Sólo diremos que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (26-8-1985) alude a la protección de las víctimas en el Derecho y en el Proceso Penal, y expresamente a los niños. Recomendación que no se ha reflejado satisfactoriamente en el Derecho interno de los países miembros. Subrayaremos, por ser de especial importancia, que la indefensión del menor está, quizás, aumentada por la existencia de una elevada cifra negra en los tipos penales cometidos sobre ellos.

#### a) *Formas de victimización primaria*

La Historia demuestra que el menor ha sufrido agresiones de todo tipo, el problema del maltrato no es nuevo ni singular o aislado, está estrechamente conectado a otros problemas que afectan al individuo, la familia, la sociedad. En la actualidad la sociedad es consciente del problema (C. Internacionales-Declaración de los Derechos del niño (1977) pero estamos lejos de una solución...

La infancia pone al individuo en una situación de inferioridad, su falta de experiencia, su dependencia económica, su inmadurez psicológica, su menor fortaleza física... lo convierten en una víctima especialmente vulne-

rable y lo más grave de todo ello es que el menor no está seguro, no sólo frente a la sociedad tampoco en su ámbito familiar.

Podemos coger un periódico cualquier día y leer:

—«Colombia: roban los ojos a los niños pobres».

—«Más de 100 casos de abusos sexuales contra niños conmueven a la sociedad británica. En Cleveland 113 niños han sido separados de sus padres».

—«Niña violada por su propio padre...».

AJUIAGUERRA, al tratar el tema, diferencia una serie de apartados (que nosotros vamos a hacer nuestros y a ampliar); el niño maltratado en casa o en la escuela y el niño abandonado, el infanticidio, atentados sexuales y contra su libertad, lenocinio y explotación de la sociedad, el niño víctima de la sociedad.

a) El niño maltratado y abandonado.

1. En casa.

Es una de las formas de victimización más dramática pues es el seno de su propia familia donde el niño comienza a sufrir. Tenemos que diferenciar aquí entre niño maltratado y niño abandonado:

a. Niño golpeado.

Forma de maltrato físico caracterizado por golpes y agresiones corporales. El «Síndrome del niño golpeado» representa un cuadro clínico causado por una patología mental familiar que hace víctima al niño en la época de su vida en la que se encuentra más indefenso, aprovechándose de su incapacidad de comunicación para canalizar hacia él una agresión largamente reprimida. Se suele hablar del «Síndrome del bebé golpeado» cuando la víctima no tiene más de un año.

No hace mucho tiempo los libros de Pediatría se ocupaban de un curiosísimo síndrome de «huesos blandos» o «fracturas espontáneas» (generalmente producidas en antebrazo y cuello). Por casualidad, un radiólogo inglés visitando el zoo observó cómo una mona, en un acceso de mal genio, agarraba a su monito por el antebrazo y lo lanzaba contra la pared de su jaula. Con una hábil asociación recordó los no pocos niños que había radiografiado con lesiones parecidas. Continuaron las investigaciones sobre la idea de este doctor y pronto se sustituyó el «Síndrome de huesos blandos» por el del «niño golpeado» y desde entonces se han hecho cientos de trabajos abordando este tema.

De ellos se extraen las siguientes conclusiones:

—Las formas de agresión más comunes son: Golpes con las manos, pies, objetos contundentes (palos, varas); quemaduras con cigarrillos, planchas, hierros; suspensión por las manos; congelamiento en frigorífico; asfixia.

—Las lesiones son muy variadas: Óseas, buconasales, anomalías oculares, en tejidos blandos, retraso en el desarrollo, cicatrices, hematomas, incluso se ha llegado a causar padecimientos neurálgicos, tipo paraplejía.

—La frecuencia es difícil de determinar porque la epidemiología es muy compleja y no es fácil de llegar a una definición de niño maltratado.

b. Niño abandonado.

Forma de maltrato físico pasivo en el que se omiten los cuidados esenciales para la salud del menor. Representa la deliberada abstención de proveer a las necesidades físicas y psicológicas del niño, sobre todo se opera con la desnutrición —estado al que no se llega en pocos días—.

En general podemos hacer algunas consideraciones sobre figuras psicológicas del niño (víctima) y el agresor.

#### AGRESOR.

El perfil psicológico de los padres no es uniforme, aunque destacan algunos rasgos y factores importantes comunes de los que deriva esa conducta: insuficiencia económica familiar; conflictos entre los padres y generalizados dentro de la familia; alcoholismo; drogodependencia de los padres; crueldad patológica con origen mental (psicóticos); enfermedad de algún progenitor; orfandad por parte de algún padre; crueldad inspirado en conceptos de disciplina o rígidas interpretaciones de la autoridad.

El agresor en la mayoría de los casos es la madre que dobla la cifra al padre. También agrede pero de forma descendente: padrastro, madrastra, hermanos mayores y cuidadores.

Muchos de esos padres son personas que han perdido el control de su agresividad e impulsos destructivos debido a razones socioeconómicas o ambientales e incluso por frustraciones que tienen su origen en la niñez o en la adolescencia (fueron objeto de malos tratos o de un embarazo no deseado...).

Las razones por las que dichos sujetos justifican los malos tratos son generalmente: no posibilidad de manutención; no traer dinero; llorar; desobediencia; hacer travesuras; pedir comida.



### VÍCTIMA.

Del perfil psicológico del niño maltratado o abandonado se destacan una serie de características: apariencia expectante: «una cara de grandes ojos abiertos sin parpadeo y que miran fijos de frente con una mezcla de perplejidad y esperanza negativa sin reír, sin llorar, sin sonreír siquiera»; apatía, retraimiento (no habla); parece cansado y más mayor; toleran fácilmente la separación de los padres; generalmente malhumorados.

Datos estadísticos corroboran lo que acabamos de exponer:

—Gv. Laury afirma que en 1970 al menos el 15% de los niños atendidos en urgencias de los hospitales americanos eran niños maltratados.

—Según Becker, en Alemania se supera la cifra anual de 8.000 niños como objeto de malos tratos.

—Marcovich en un estudio sobre 686 casos comprobados de malos tratos internados en el Hospital Infantil Distrito Federal (Méjico) en 1977, vio cómo morían 379 de estos niños como consecuencia de los malos tratos sufridos.

—En una reciente investigación del DIF (Méjico 1985) sobre 834 denuncias, registradas en 10 meses, encontraron que el 79% recibió golpes, el 43% insultos y el 6% quemaduras.

#### 2. En la escuela.

Los niños no sólo reciben malos tratos en casa, en la escuela también es un campo proclive para la victimización del menor. Aunque se han realizado cientos de trabajos sobre el tema, aún queda mucho por investigar.

De los estudios realizados se han observado que gran número de los fracasos escolares se deben a agresiones físicas o psíquicas de los maestros (que a veces están poco preparados o son represores y autoritarios o que no atienden al momento de formación y a la peculiar situación del menor).

La idea de que «la letra con sangre entra», aunque parezca mentira, todavía está muy arraigada en la sociedad: es impresionante ver cómo en determinadas escuelas europeas se recaba la autorización de los padres para infligir malos tratos menores a los educandos.

Junto a esta forma de victimización tradicional, más física que psíquica, la escuela moderna, preocupada sobre todo por la enseñanza en detrimento de la educación, ha creado otra forma: la inadaptación.

El menor que procede de una familia desestructurada tiene que trabajar el doble que otros niños (puesto que llega en inferioridad de condiciones)

para lograr algún resultado. Si no se supera, y por el mismo se ve abocado al fracaso y como en estos casos la relación familia-escuela es nula la inadaptación se refuerza y debido a que los resultados obtenidos por el infante son muy pobres aparece el rechazo no sólo de los compañeros, también de los profesores e incluso de él mismo pues no responde al modelo normal de niño.

La escuela se va a convertir entonces en el refuerzo a la segregación social que han sufrido a través de la familia.

b) El infanticidio.

Utilizamos la expresión «infanticidio» para referirnos al asesinato de cualquier niño, no en el sentido que tipifica el Código Penal en el art. 410. En esta línea de pensamiento, algunos autores distinguen entre:

—Filicidio: asesinato de un niño por su padre o madre.

—Infanticidio: asesinato de cualquier niño.

—Neonaticidio: asesinato de recién nacido.

Obsérvese que siempre hablamos de asesinato y nunca de homicidio, con ello queremos subrayar que el menor siempre se encuentra en situación de indefensión frente al autor de su muerte. Chocamos, aquí, con un problema muy complejo del que sólo daremos unas breves pinceladas:

—El neonaticidio (infanticidio en nuestro C.P.) suele realizarse por madres jóvenes, generalmente no casadas, con problemas de inmadurez y cuyos embarazos no han sido deseados.

—El filicidio suele cometerse, también, por las madres y con frecuencia en los 6 primeros meses de vida del menor. Los métodos que utilizan son asfixia o ahogo y pasividad (dejar de prestar los cuidados necesarios al niño). Los padres, en menor medida, apuñalan o golpean y aplastan.

En la mayoría de los casos son tipos de corte psicótico, de carácter afectivo o esquizofreniforme. Los móviles que justifican sus actos son: «la venganza del esposo», «el altruismo», «el hijo no querido» y un largo sin fin de idiotas razones.

Una de las formas comunes de cometer el filicidio es el suicidio colectivo, tan de moda en nuestros días, por desgracia: el padre o la madre melancólicos (portadores de una enfermedad depresiva de tipo endógeno) en su visión fatalista de la vida —llena de miseria y sufrimiento— antes de quitarse la vida evitan el infierno a sus hijos...

—El infanticidio no filicidio: de este tipo sólo destacaremos aquél rea-

lizado por otros niños cuyos motivos suelen ser sentimientos de rivalidad, prioridad o amenazas al sentimiento de seguridad «precozes».

Sugerimos aquí una reflexión: ¿por qué la sociedad ante el filicidio es más benévola con la madre que con el padre?, ¿está justificado hoy ese trato? Parece ser que no, pues el Anteproyecto de 1992 suprime el delito de infanticidio (igual que el delito de parricidio), para convertirlos en una modalidad del homicidio agravado.

c) Atentados sexuales y delitos contra la libertad del menor.

1. Atentados sexuales.

Abordamos el tema de otra preocupante forma de victimización de los menores. Los atentados sexuales contra los niños son muy variados: estupro, violación, incesto, corrupción, proxenetismo, raptó y etc... Antes de entrar en su estudio vamos a hacer algunas precisiones:

—Existe una elevada cifra negra en torno a estos tipos por lo que la información veraz que se posee es muy escasa.

—El tratamiento que del tema haremos desde el punto de vista victimológico no siempre va a coincidir con las clasificaciones legales.

—Este tema no es tan fácil como aparenta porque:

¿Hasta dónde la víctima-menor tiene conciencia de haber sido sujeto pasivo lesionado en un bien jurídico?

¿Cuándo un acto sexual puede considerarse verdaderamente victimizante?

Una de las dificultades para el estudio de la victimización sexual es saber qué sucedió realmente, pues se conectan aspectos morales sociales, culturales y psicológicos: hay ocasiones en las que la víctima por su falta de experiencia, por su estado de inconsciencia o semiconsciencia no sabe lo que ocurrió, incluso hay veces en las que la conciencia se reprime de hecho por ser altamente traumático lo acontecido.

Referencia a alguno de los atentados sexuales contra niños más comunes:

a. Violación.

Se considera como una de las formas de victimización más graves porque deja gran número de secuelas y tiene una elevada «cifra negra». Por violación entendemos el acceso carnal por cualquier vía (anal, bucal o vaginal) contra o sin la voluntad de la víctima siempre que ésta sea mayor de 12 años, si la víctima es menor se presume «iuris et de iure» que existe violación.

Este tipo de abuso sexual es muy común pero como el niño carece de

conciencia del «mal» que sufre no comunica los manipuleos de que es objeto, además, no se ejerce violencia sobre él sino que es atraído por promesas, por afecto o por curiosidad y como en una mínima proporción se llega al coito completo el delito no se suele descubrir.

La carencia de conciencia sexual en el menor es lo que provoca que éste no considere los hechos como agresión, ni tenga sentimientos de culpa; se puede demostrar que en los casos que no ha existido violencia o comparecencia ante los Tribunales las secuelas han sido mínimas por lo que podemos afirmar que la victimización del menor es provocada o aumentada por la actitud de los padres y/o de las autoridades.

b. Incesto.

Peculiar forma que consiste en mantener una relación sexual entre parientes dentro de los grados en los que está prohibido el matrimonio. Ha sido repudiado en todos los pueblos y en todas las épocas.

Es prácticamente imposible conocer la frecuencia del incesto ya que difícilmente se denuncia pues trae deshonra a la familia o acaba con ella. Hay poco material para trabajar sobre la víctima en el incesto y menos aún si la víctima es un menor. El tipo más frecuente (aunque parezca mentira) es el fraterno, seguido por el paterno filial. La relación madre e hijo es prácticamente inexistente.

Esta parece una conducta fruto de la miseria y la promiscuidad, cosa ilusoria porque psicólogos, psiquiatras y psicoanalistas descubren que existe un elevado número de tales conductas en personas con alto nivel económico y social.

c. Estupro.

Tipo de agresión sexual en el que la víctima toma parte activa al no oponerse a la relación ya que el sujeto activo utiliza engaño o se prevale de su superioridad, originada por cualquier relación o situación.

Se diversifica la protección al distinguirse:

—Estupro con prevalimiento: se protege al mayor de 12 años y menor de 18.

—Estupro con engaño: se protege al menor de 16 y mayor de 12.

Se trata de un delito excepcionalmente denunciado por la víctima y es trasladable todo lo dicho con relación a la violación.

Antes de terminar la exposición de las agresiones sexuales, tenemos que reseñar que éstas son peculiarmente victimizadas para los niños porque les

dejan serias secuelas psicológicas y sociales que les sobrevictimizan: si no denuncian el hecho, el agresor queda impune e incluso puede verse tentado a reincidir; si denuncian quedan expuestos al estigma social y son etiquetados para toda su vida.

## 2. Delitos contra la libertad.

Vamos a utilizar el término «rapto» como equivalente al de detención ilegal o sustracción de menores. Este es un problema cuyo número ha ido aumentando considerablemente en los últimos años; si antes los motivos, sobre todo, eran sexuales, actualmente predomina el ánimo de lucro.

El llamado «bebé/tráfico» es un alarmante fenómeno que está cundiendo en Latinoamérica y países asiáticos; se trata del secuestro o compra de niños recién nacidos para ser dados en adopción en USA y Europa. Por ejemplo: en Macao se vende un niño por 300\$ y se revende en EE.UU. por 4.000\$. Bebés exportados de Chile alcanzan un precio de 15.000\$.

Podría pensarse que la alarma es injustificada porque el niño víctima desnutrido, tercermundista y sin futuro cierto se transforma en miembro de una familia del primer mundo donde va a encontrar un futuro asegurado. Pero la cosa no es tan bonita como parece, la cruda realidad es otra: estos niños son exportados para dedicarse a la prostitución, la cuasi-exclavitud e incluso para la extracción de órganos vitales que serán trasplantados a niños occidentales.

También tenemos que aludir, en este apartado, a situaciones calificadas por la doctrina como «suposición de parto y sustitución de niños». Conductas que suponen la compra, el cambio o el robo de un infante por parte de mujeres, generalmente, con graves trastornos psíquicos, de personalidad y que casi siempre suponen la tentativa de arreglar problemas afectivos específicos (p. ej.: salvar el matrimonio, superar un fallido alumbramiento...).

### d) Lenocinio y explotación laboral.

Las cifras que dan la OIT y la UNESCO son desalentadoras: más de 40 millones de niños son explotados, más de 200 trabajan desde los 6 años con horarios que superan las 14 horas diarias y sueldos, si es que los tienen de miseria. En Filipinas más de 5.000 niñas se dedican a la prostitución. Cifras abrumadoras, ¿verdad? ¡Hay más! En estos números no han sido computados todos aquellos niños que realizan subprofesiones o mendigan.

Y es que el niño desprotegido y desarmado para enfrentarse a la vida, se convierte en víctima fácil para cualquier clase de explotación. Son muchos

los niños que pueden considerarse en peligro: todos aquellos que no son atendidos en sus necesidades físicas, psíquicas y sociales.

La calle se transforma en su hogar y en su escuela porque no encuentran respuesta. Su futuro puede ser la prostitución y el bandidaje. Pronto aparecen las bandas de amiguetes que tienen la misma situación y los adultos que los utilizarán como «materia prima» de la industria delictual para el robo, tráfico de drogas, prostitución o explotación laboral... Se convierten en «perros callejeros».

#### B) LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Hablamos de victimización secundaria para hacer referencia a los perjuicios que causan la relación víctima-sistema jurídico-penal. Al introducir el segundo epígrafe del trabajo tratamos de describir cómo esta experiencia victimal suele ser más perjudicial que la primera por lo que no volveremos sobre el tema, solamente tocaremos unos puntos que nos parecen interesantes:

—Hoy se reconoce que la justicia de menores deja bastante que desear y que estamos esperando un estatuto jurídico del menor, que nunca llega.

—También se reconoce que el menor es víctima del sistema que sostiene unas inoperantes instituciones para protegerse él y no al menor a quien dice intenta educar o reeducar.

—Incluso, que cuando la prevención falla y un menor ha sido victimizado debe protegerse de la manera más amplia porque es absurdo que se multipliquen los esfuerzos para el tratamiento de menores delincuentes y se olvide a los menores-víctimas respecto de los que no existe legislación ni instalaciones adecuadas para su tratamiento.

### III. UNA SERIE DE REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN DEL MENOR-VÍCTIMA EN NUESTRO DERECHO

#### A) LAS VÍCTIMAS Y EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

En España la situación de las víctimas es francamente insatisfactoria, el legislador les hace caso omiso y carece de sensibilidad para intentar cons-

truir programas asistenciales e indemnizatorios semejantes a los existentes en otros países de nuestro entorno.

Como el Prof. LANDROVE expone en su libro de «VICTIMOLOGÍA», el Estado Social y Democrático deja en el más absoluto abandono a la víctima, nadie atiende sus necesidades mientras recae la sentencia o se ejecuta y tampoco sirve la medida de conceder un derecho indemnizatorio, declarar y fijar su contenido en la sentencia si su titular se encuentra con la muy frecuente realidad de la insolvencia del condenado a indemnizar.

—Vamos a ver qué ocurre en el Derecho Comparado:

a) Programas Estatales.

Las primeras construcciones para establecer programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito se llevaron a cabo en Nueva Zelanda (1963), Inglaterra (1964) y más tarde en algunos estados de Norteamérica y provincias canadienses. En 1969 se promulgó en México la inaplicada Ley de Protección y Auxilio a las víctimas del delito.

A partir de los 70 se ha ido consolidando en Europa la idea de la necesaria ayuda a la víctima, así establecen programas: Austria en 1972, Finlandia (1973), Holanda (1975), Noruega (1976), la extinta Alemania Federal (1976), Francia (1977), Suecia (1978), Luxemburgo (1984), Bélgica (1985). En Italia todavía no han logrado hacerse realidad iniciativas de esta naturaleza.

—Los argumentos que cimentan el movimiento legislativo son:

a. Razones de tipo humanitario: En los que se señala que la víctima y sus necesidades han sido olvidadas por la justicia penal en beneficio del delincuente.

b. Razones de tipo filosófico-político: El Estado debe garantizar la seguridad de todos los miembros e incluso cuando el delito se ha consumado también debe garantizar un nivel de vida razonable a las víctimas.

c. Razones de política-criminal: La justicia alcanzará mayores cotas de eficacia si se favorece la participación de la víctima de actos violentos en la detención y condena de su agresor.

—Notas comunes a la mayoría de los programas:

Aunque las legislaciones nacionales ofrecen distintas soluciones para sus programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas, podemos extraer varias notas comunes:

1. La indemnización estatal tiene carácter subsidiario.

2. Las ayudas se conceden incluso para supuestos en los que resulta imposible perseguir o condenar al autor del hecho criminal.

3. Limitar la asistencia a la víctima de actos criminales violentos. Pocos son los que prevén ayuda para delitos de carácter patrimonial.

4. Se observa un criterio restrictivo respecto de la indemnización de daños morales y se limita, también, la asistencia a supuestos en los que se causó daños económicos a la víctima.

5. Para las indemnizaciones se suele fijar unos límites mínimo y máximo.

6. Generalmente, se prevén para delitos dolosos aunque existen programas que compensan a víctimas de delitos contra la vida e integridad personal cuando el delincuente ha actuado culposamente.

7. Se excluyen o reducen las indemnizaciones si la víctima contribuye de cualquier forma a la realización del delito. Igual ocurre cuando la víctima está unida al delincuente por lazos familiares o simple convivencia.

8. El pago de las indemnizaciones suele realizarse de dos formas:

—Pago único; y

—Pensión asistencial.

En alguno de estos programas cabe la posibilidad de dar, por razones de urgencia, ayudas provisionales o complementarias.

9. Para presentar la solicitud de ayuda se establece un plazo y un requisito: exigen que la víctima haya denunciado la infracción ante la autoridad judicial o la policía.

10. Las legislaciones suelen exigir el reembolso, total o parcial, de las ayudas prestadas si se hubieran conseguido en función de declaraciones falsas u omisiones de la víctima.

11. Sobre los extranjeros las respuestas legislativas son muy variadas pues dicha condición supone en algunos programas un obstáculo insalvable para la obtención de la ayuda como ocurre en Austria, y en otros no existe tal limitación, p. ej.: Holanda.

De todas las notas expuestas cabe deducir que el concepto víctima incluíble en estos programas es muy reducido si se compara con el número de víctimas reales. Este criterio restrictivo, obedece, sobre todo, a limitaciones económicas que condicionan el futuro de los programas.

Completando la mencionada regulación de la víctima han ido surgiendo, en la década de los 70, otros programas que sólo reseñaremos:

b) Programas de reparación y conciliación delincuencia-víctima:



Representan iniciativas tendentes a implicar a los delincuentes en una reparación (pago de indemnización y prestación de ciertos servicios o realización de ciertas actividades) en beneficio de la víctima, que puede llevar en la pequeña o mediana delincuencia a evitar la imposición de una pena.

c) Programas de asistencia inmediata.

Estos programas tienen como fin el prestar a víctimas de delitos violentos en situación de «crisis» una asistencia inaplazable de tipo material, físico o psicológico y lograr así la estabilización de la situación emocional de la víctima impidiendo su traumatización.

d) Programas de asistencia a la víctima-testigo.

Realizados para promover la cooperación de la víctima que debe testificar en el proceso: se ayuda y asesora a este tipo de sujetos para asegurar su colaboración con el proceso penal.

e) Movimientos asociativos.

No son una respuesta de carácter institucional sino movimientos de carácter privado fomentados por las propias víctimas que tratan de superar la situación de indefensión creada por un aislamiento y formar grupos de presión para sensibilizar sobre sus necesidades más acuciantes a las autoridades y defender mejor sus intereses.

—Una vez visto cómo está la situación victimal en los países de nuestro entorno, volvemos al sistema español donde hay que reconocer que si el legislador desprotege a la víctima en el ámbito de su reparación, nunca se ha olvidado del papel que desempeña en el hecho criminal tanto en la fase de preparación y ejecución del delito como en momentos posteriores a su comisión. Demos una vuelta:

a. La víctima en la fase previa:

La víctima puede desencadenar el hecho delictivo de 2 formas:

—Por provocación (la victimización se produce por la reacción del victimario que cristaliza en una represalia victimizante).

—Por petición (la víctima es lo que pide la realización del hecho criminal o lo consiente).

Como reflejo en el C.P. tenemos:

1. Provocación: la atenuante 8ª del art. 9.

2. Petición.

—En muchos casos el legislador configura distintos tipos penales en los que si existe consentimiento se excluye la tipicidad, por ej. art. 514 Hurto;

490 Allanamiento de Morada; 481.2 Delito de exhibicionismo para mayores de 16 años.

—Nuestro C.P. consagra la irrelevancia del consentimiento en los delitos de lesiones (sólo en 3 casos tiene eficacia atenuante: cirugía transexual, esterilizaciones y trasplantes de órganos) y niega cualquier tipo de relevancia en los delitos contra la vida (reflexión sugerida en torno al art. 409).

Nuestro C.P. atribuye también cierta relevancia a las relaciones previas entre victimario y víctima, a la actividad de ésta y a los vínculos existentes con anterioridad a la realización del delito. El botón de muestra lo tenemos en los arts. 10 (alguna agravante genérica) y 11 (circunstancia mixta de parentesco).

b. La víctima en la fase ejecutiva.

El legislador concede cierta importancia al comportamiento de la víctima en la fase ejecutiva ya sea porque su intervención es decisiva para que aparezca el delito o ya sea porque repercute directamente sobre la respuesta punitiva de él. Ejemplos:

—La institución de la legítima defensa.

—El art. 493.1 donde se endurece, en sede de amenaza condicional, la pena si el culpable consigue su propósito: el cumplimiento de la condición está en manos de la víctima que con su comportamiento va a agotar el tipo.

—El art. 483, en el inconstitucional delito que allí se tipifica se castiga al reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditara haberla dejado en libertad y ¿si lo ha dejado en libertad y la víctima no quiere aparecer?

—El art. 528, el delito por excelencia en el que la víctima actúa dolosamente, con ánimo de lucro, y al final resulta lesionado en su bien jurídico.

—El art. 548 que contempla la situación de aquella víctima cooperativa que encubre con cualquier forma contractual un préstamo usurario.

c. La víctima en la fase postdelictiva.

Una vez consumado el delito, la actitud de la víctima no va a influir en su desarrollo, pero el legislador tiene en cuenta el papel que la víctima puede desarrollar en esa fase:

—Le reserva la iniciativa de poner en marcha el procedimiento (los llamados delitos perseguibles a instancia de parte), p. ej. art. 467.3 para delitos contra el honor, el art. 443.1 para los delitos contra la libertad sexual y el art. 487.4 para el abandono de familia...

—En la institución del perdón como posibilidad de extinguir la responsabilidad criminal: p. ej. art. 443.2 en sede de delitos contra la libertad sexual, en el art. 467.4 para los delitos contra el honor.

—Sin interesar también se tienen en cuenta en distintos supuestos como:

a'. Iniciativas protectoras específicas: el art. 466, entre las disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual y específicamente para menores de edad que se hallen en estado de corrupción o prostitución; o los arts. 456.2 y 465 para las víctimas de calumnias e injurias.

b'. Otras veces el legislador valora el resultado producido por la lesión y lo configura como agravante específica (p. ej. en el art. 506 para el delito de robo; en el art. 516.4 para el hurto; en el art. 529.5 para la estafa), como atenuante (art. 9.9: cuando el sujeto activo antes de conocer la apertura del procedimiento criminal y por impulso de arrepentimiento espontáneo repara o disminuye los efectos del delito).

c'. En función de la posible responsabilidad civil nacida del delito o falta para procurar un resarcimiento por los daños sufridos: art. 19 C.P. y el art. 100 LECrim. (de formulación más exacta).

Aquí hay que hacer notar que carencias procesales o la insolvencia —real o vinculada— de los civilmente responsables dejan sin contenido esta institución porque el Estado se desentiende de la víctima.

Pese a todo lo dicho, la preocupación científica por la suerte de las víctimas ha crecido y se concreta en la denuncia de la laguna legal que existe, para este tema en nuestro ordenamiento, y en el reconocimiento de los lógicos criterios de protección que poseen los países de nuestro ámbito cultural. En esta línea de pensamiento, se recuerdan las «sugerencias» —al respecto— del Convenio de Europa para que sus miembros establezcan regímenes estatales de indemnización para las víctimas, vinculándose esta idea con la de responsabilidad del Estado al no haber logrado evitar las consecuencias dañosas que convertirán a uno de sus miembros en víctima.

Pero si analizamos el sistema legal español, veremos que aquí la preocupación por el tema no es radicalmente nueva. A nivel legislativo y doctrinal existen antecedentes bastante lejanos y con nula trascendencia práctica. Recordemos el viejo art. 123 del C.P. de 1848 que establecía que una ley especial determinará casos y formas en los que el Estado tendrá que indemnizar al agraviado de un delito o falta cuando los autores o demás responsables carezcan de los medios para hacerla efectiva.

Hermoso precepto convertido por el legislador en máxima: fue olvidado en 1870 y sólo aparecía después —para ser arrinconadito también— entre las 2.000 enmiendas al Proyecto de L.O. de C.P., de 1980 como simple adición.

Sólo existe una excepción a la regla general del sistema jurídico español —representado por el absoluto abandono a la víctima inocente— y es la que hace referencia a la victimización causada por delito de terrorismo. ¿Por qué esta especial protección?

En los delitos de terrorismo el Estado asume la responsabilidad por hechos ajenos a su servicio, para paliar las consecuencias lesivas sufridas por la víctima de dichos actos aunque sólo para los supuestos más graves (daños corporales). Varios son los pasos dados por el legislador hasta llegar a la actual regulación contenida en el R.D. de 28 de octubre de 1988:

—Art. 7 del R.D. Ley de 26-1-1979.

—R.D. de 5-3-1982 que desarrolla el art. 7.

—La L.O. de 26-12-1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

—R.D. de 24-1-86 que sienta las líneas maestras de la regulación prevista en el actual.

—R.D. de 28-10-1988 que regula los resarcimientos por daños corporales a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

Paralelamente hay que señalar la existencia de un programa del País Vasco para la ayuda a las víctimas del terrorismo: Decreto de 4-8-1988.

**CONCLUSIÓN:** Todavía tendrá que pasar algún tiempo para que tengamos, no ya una buena sino, una regulación protectora de la víctima.

#### B) EL MENOR-VÍCTIMA EN EL C.P.

Si la protección a la víctima ha sido un tema tradicionalmente olvidado en nuestro Derecho —y sólo en épocas recientes despierta la preocupación por él—, podemos afirmar —casi con absoluta rotundidad— que la víctima-menor está a millones de años luz de ser protegido (no con efectividad. ¡Sería mucho pedir!, ¿no?) al mismo nivel que otros colectivos victimales.

Al margen de las menciones al sistema titular, que hicimos cuando hablábamos del concepto de menor-víctima (dibujado siempre al hilo del menor como sujeto activo del hecho criminal), el legislador se refiere al

menor, específicamente en unos 22 artículos de los 604 que conforman el C.P. y en los que sólo hemos encontrado una especial protección en sede de los delitos contra la libertad sexual (y especialmente en el art. 446 que establece «alguna» medida cautelar) y utilización de menores para la mendicidad (aunque aquí no alude a otros tipos de explotación de que el menor es objeto...).

Volvemos a indicar que, es necesaria una «regulación» que proteja efectivamente al menor si queremos que nuestro ordenamiento jurídico-penal sea completo y coherente con los dictados de nuestra Constitución.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- CANTARERO, R.: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de menores*. Ed. Montecorvo (1988).
- COMPILACIÓN DE MIGUEL CLEMENTE y F. J. BURILLO: *Psicología social y sistema penal*. Alianza Universidad Textos.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Manual de Criminología-Introducción y teorías de la criminalidad*. Ed. Espasa.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Victimología*, Ed. Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, GM.: *La defensa del menor*. Ed. Tecnos.
- NEWMAN, E.: *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Ed. Universidad.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología-estudio de la víctima*. Ed. Porrúa.
- CUADERNOS DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA: *La víctima del delito*. Ed. Universidad País Vasco.

#### NOTA:

Nuestro más sincero agradecimiento a D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Dolores Fernández y D. Gerardo Landrove, sin cuya inestimable ayuda no hubiésemos podido hacer realidad este «proyecto».