

LA INICIACIÓN CUASI PÚBLICA DE LOS PROCESOS POR DELITOS SEXUALES (p. 273)

Olga Fuentes Soriano

1. Introducción. 2. La incoación del Procedimiento. 2.1. Legitimación. 2.2. La querrela del Fiscal sometida a criterios de oportunidad.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente unos 15 ó 20 años, la práctica totalidad de las legislaciones está sometiendo los delitos de naturaleza sexual a una constante reforma acompañada, sin duda, a la evolución del pensamiento en estos últimos tiempos.

Hasta fechas relativamente recientes, los delitos sexuales eran considerados como delitos contra el honor, lo cual supone, en realidad, mucho más que una mera clasificación de los mismos; supone entender que el bien jurídico protegido en estos casos no era la libertad sexual de la víctima sino, por contra, su derecho al honor¹.

(p. 274) Las repercusiones de esta errónea determinación del bien jurídico protegido son, sin duda, de profundo calado. Piénsese que cuando una persona ve atacado su honor, su primera reacción es aquélla que tiende a ocultar el motivo de su deshonra y si a ello añadimos que, normalmente, estos delitos eran considerados como delitos de carácter privado, el resultado no era sino el de avanzar en la impunidad del delincuente; la persona –normalmente mujer– “deshonrada” no denunciaba el hecho tratando con ello de evitar su público conocimiento y en ausencia de denuncia, el delito –privado– no se podía perseguir. El delincuente quedaba libre de toda posible sanción, en la más absoluta impunidad y

¹ Esta es exactamente la situación vivida en España hasta 1989, año en el que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica N° 3/1989, de 21 de junio (art. 17), se modifica la rúbrica del Título IX del entonces vigente Código Penal para pasar a denominarse, por primera vez, “De los delitos contra la libertad sexual”. Esta es la denominación que se mantiene en el Código Penal actual para hacer referencia a los delitos de naturaleza sexual contemplados, todos ellos, en el Título VIII de dicho Texto Legal.

dispuesto, por tanto, a reiterar su acción delictiva sin temor alguno a posibles represalias.

En todo caso, y ello independientemente de cualquier otra consideración en torno al bien jurídico protegido, lo que sí resulta evidente es que la tramitación de un proceso por delito sexual genera en la persona agraviada el fenómeno conocido como "victimización secundaria". Y entiendo que una aproximación previa a este concepto resulta absolutamente necesaria por cuanto el objetivo del presente estudio es poner de manifiesto la posibilidad de que los delitos sexuales pierdan su carácter privado, e incluso semipúblico y se tramiten a través de un proceso con "todas" las garantías –tanto para la víctima cuanto para el acusado- sin que ello no sólo no suponga incremento alguno de esta victimización secundaria que inevitablemente existe en la tramitación de todo proceso –independientemente del delito por el que éste se siga-, sino que, en la medida de lo posible, suponga incluso su posible disminución adoptando al efecto todas las medidas que se estime oportuno.

Cuando se habla de victimización secundaria se hace referencia a las consecuencias negativas experimentadas por la víctima de un delito ya cometido y que derivan de las relaciones que ésta tiene que entablar con el aparato burocrático del Estado². Esta experiencia negativa se suma, por tanto, a la ya sufrida ("victimización primaria") por la propia víctima como consecuencia de la perpetración del acto delictivo.

(p. 275) La puerta hacia el éxito en la persecución de los delitos sexuales residirá, en primer lugar en la mentalización de que el bien jurídico protegido, en estos casos, es la libertad sexual y no el honor. La libertad sexual debe ser protegida por el Estado como un bien primordial frente a cualquier posible injerencia no consentida de un tercero por cuanto tales ataques se dirigen contra la esfera más íntima de la persona

² A juicio de GARCÍA BECEDAS la victimización secundaria "se refiere a las relaciones que surgen entre la víctima y el sistema jurídico-penal, en definitiva, con el aparato del Estado, la Policía, la Administración de Justicia, etc.; y es precisamente esta experiencia la que en muchas ocasiones resulta más negativa para la víctima pues, normalmente el hecho victimizador le ha introducido en un mundo desconocido, donde se habla en un lenguaje que le es absolutamente incomprensible (...), donde sucesivos funcionarios les aturden con múltiples explicaciones y peticiones de datos, donde no se les permite desahogarse y se les atiende en algunos casos con rechazo incluso (...), donde en suma, la burocratización del sistema les anula". Vid. GARCÍA BECEDAS, M^a José, p.2. En el mismo sentido puede verse MONTERDE FERRER, F.

condicionando el desarrollo normal de su sexualidad y, por tanto, de su personalidad y actitud vital. En segundo lugar, la persecución de estos delitos deberá configurarlos como “*res extra commercium*” evitando que, como consecuencia de posibles presiones o transacciones del agresor para con la víctima, el delito deje de ser perseguido; en este nivel son dos los frentes a tener en cuenta: la desaparición del perdón de la víctima como causa extintiva de la responsabilidad criminal –hoy comúnmente aceptada en las legislaciones modernas- y la persecución de estos delitos a iniciativa estatal –tema éste enormemente polémico y actualmente abierto a debate-. En tercer y último lugar, la tramitación de estos procedimientos, desde sus inicios –es decir, incluyendo la primera asistencia de la víctima en comisaría-, deberá contar con un personal especializado que pueda llegar a la persona agredida sin que ello suponga un plus de malestar añadido y deberá de evitarse, en la medida de lo posible, la reiteración de trámites o declaraciones inútiles –a nivel incluso probatorio- que no hacen sino fomentar el efecto victimizador al que se viene haciendo referencia.

En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 28 de junio de 1985, aprobó unas “Recomendaciones” dirigidas a los Gobiernos de los Estados miembros y encaminadas a mejorar el trato a la víctima a distintos niveles³: policial (formación específica de la policía para atender a las víctimas de delitos sexuales), de persecución del delito, de interrogatorio por personal cualificado, de ejecución de sentencia (preferencia de la reparación de la víctima de delitos sexuales frente a cualquier otra sanción pecuniaria) y, por último, de protección concreta de la víctima frente a cualquier ataque que, como consecuencia de la publicidad pudiera atentar contra su vida privada, así como protección material de la misma si, llegado el caso, se considerase ésta como necesaria.

El Derecho Español, acorde con el devenir de los tiempos y, últimamente, con la intención de adaptarse a las Recomendaciones del Comité de Ministros (p. 276) del Consejo de Europa, ha experimentado una notable evolución en lo que a los delitos sexuales respecta⁴. El objetivo del

³ Sobre el desarrollo de estas medidas: Vid. GARCÍA BECEDAS, M^a J., p.3.

⁴ Tal evolución ha llevado, en primer lugar, a una modificación de la rúbrica bajo la cual aparecen estos delitos regulados en el seno del Código penal, pasando a ser “Delitos contra la Libertad Sexual” y no ya “Delitos contra el Honor” tal y como se les venía considerando hasta la reforma de 1989; reforma que, como se tuvo ocasión de comentar se produjo mediante la Ley Orgánica N^o 3/1989, de 21 de

presente estudió consistirá, en lo sucesivo, en tratar de analizar tales reformas (fundamentalmente las operadas en la fase de iniciación del procedimiento) así como su viabilidad práctica y, junto a ello, se tatará también de reinterpretar la normativa que regula la infraestructura policial y de asistencia a las víctimas en los primeros momentos procesales, a fin de lograr, efectivamente, una disminución del índice de victimización secundaria y con ello cierto éxito en la tramitación de estos procesos.

2. LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Desde siempre se ha venido considerando, con mayor o menor intensidad, la necesidad de someter la persecución de los delitos de naturaleza sexual a la voluntad de la víctima en razón, fundamentalmente, del carácter personalísimo del bien jurídico vulnerado. Sin embargo y juntamente con ello, es lo cierto que en los últimos tiempos tiende a recortarse esa privatización del "*ius perseguendi*" estatal dando entrada a cierta iniciativa oficial en la incoación del procedimiento.

La pregunta que late bajo esta tensión es la de si debe o no supeditarse el "*ius puniendi*" del Estado –el interés público en la represión del delito- a la voluntad de la víctima –al interés privado del agraviado en la persecución del delito-⁵. Argumentos no nos faltan, lógicamente, tanto a favor de una cuanto de otra posición.

junio. Desaparece asimismo el perdón del ofendido como causa extintiva de la responsabilidad Criminal (Art. 18 de la Ley Orgánica N° 3/1989, de 21 de junio. Actualmente, art. 191.2 del Código Penal). Se promulga la Ley N° 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y, en mayo de 1997, se aprueba el Reglamento que la desarrolla, mediante el Real Decreto N° 738/1997, de 23 de mayo; conjuntamente con ello y con el fin de unificar la actuación de la fiscalía en lo que se refiere a la puesta en práctica tanto de esta Ley cuanto de su Reglamento, en 1998 se publica la Circular N° 2/1998, de 27 de octubre, sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual. El último paso dado en esta línea de reforma de los delitos sexuales viene de la mano de la Ley Orgánica N° 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre.

⁵ En palabras de MONTÓN REDONDO, p. 948, la pregunta es la siguiente: "¿Debe seguirse estimando que el delito o más correctamente los hechos penalmente sancionables, son un mal social que, precisamente por ello, determina que la sociedad pueda/deba defenderse ante él con independencia de las querencias del ofendido? O, por el contrario ¿Debe estimarse la prevalencia del interés de éste en el sentido de decidir si las conductas punibles –o al menos algunas de ellas- han de quedar impunes, al depender de su voluntad que puedan enjuiciarse?"

(p. 277) El principal argumento siempre esgrimido en favor de la preceptiva denuncia de la víctima reside en tratar de evitar que el proceso le ocasione un mal mayor al ya padecido como consecuencia de la perpetración del delito⁶. Sin embargo, en relación con tal argumento, entiendo conveniente hacer una matización producto de cierta evolución sufrida al respecto: aunque en un principio la traumática publicidad generada por el proceso trataba de evitarse con el fin de ocultar de esta manera la “deshonra” de la mujer violada⁷, hoy, cuando se utiliza este argumento del perjuicio que el proceso puede causar en la víctima, se está pensando no tanto –o, al menos, no fundamentalmente, puesto que algunos retazos de esa idea quedan- en el perjuicio que genera en la víctima la publicidad de la deshonra, cuanto en el perjuicio objetivo que se le causa al hacerla pasar por diferentes interrogatorios (policiales, judiciales...), pruebas, exámenes forenses y encuentros incluso con el agresor en el acto del juicio oral. Frente a este último punto de vista, parece -a mi juicio- más correcto adoptar cuantas medidas se estimen pertinentes para evitar el efecto de una victimización secundaria en la mujer agraviada que dejar de perseguir el delito favoreciendo con ello la impunidad del delincuente y dejándolo en perfecta disposición para reiterar el acto ilícito⁸.

⁶ Al respecto vid. GONZÁLEZ MONTES, , p. 86. A juicio de ESCOBAR JIMÉNEZ y DEL MORAL GARCÍA, marg. 499, estas teorías o argumentos “obedecen a otra manera de pensar ya trasnochada y vetusta, muy distinta a la actual, fruto de una progresiva evolución en las ideas, costumbres, relaciones y valoraciones sociales. Junto a ello, la abultada estadística del genuino delito de criminología sexual, obliga a contraponer, al menos en términos dialécticos, el deshonor individual frente a la seguridad de la colectividad que, ciertamente, se tambalea en potencia ante la eventual impunidad del autor de un delito grave ya cometido y no perseguido por mor de un interés marcadamente individual”.

⁷ A este respecto y, a título de ejemplo, puede verse como en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de febrero de 1986 se recoge, literalmente que “el legislador, percatado de que en ciertos delitos contra la honestidad, en los que lo vulnerado o atacado es la libertad sexual o la moral individual de los ofendidos, la publicidad que siempre dimana del proceso por muy secreto y privado que trate de ser, gracias al referido *strepitus fori*, para la víctima y para su familia, en su buena fama y en su intimidad, mayores males que los generados por el delito, por lo que puede convenir que la infracción permanezca desconocida para quienes no hayan protagonizado el suceso...”.

⁸ En este sentido se han dictado las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, dirigidas a los Gobiernos de los Estados miembros.

(p. 278) Y, precisamente, enlazando con esta última idea de la que me muestro partidaria, el argumento principal en favor del fomento de la iniciación de oficio de los procesos por delitos sexuales reside en el intento de evitar la impunidad en la que se deja al delincuente frente a la comisión de estos tipos delictivos; este argumento se ve acompañado de cuatro datos esenciales⁹: 1º.- que la evolución social hace que el antiguo fundamento de la necesaria denuncia por parte del ofendido para preservar su honor pierda sentido actualmente; 2º.- que la supresión de la denuncia como requisito preceptivo para la iniciación del procedimiento en modo alguno supone que no puedan y deban adoptarse todo tipo de medidas tendentes a la protección de la víctima; 3º.- que desde un punto de vista psicológico está absolutamente demostrado que el violador tiende a repetir su acción y, sin duda, dicha reiteración vendrá alentada ante la impunidad con la que puede llegar a cometerla; y 4º.- que la denuncia previa en estos delitos supone ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales en relación con los cuales la paz social se ve igualmente amenazada y para cuya protección basta tan sólo con la persecución de oficio, al margen de cuál sea voluntad de la víctima al respecto.

Sin duda, la observación de todos estos elementos ha marcado, en cierta medida, la evolución de la legislación española al respecto¹⁰. Así, en ese

⁹ Estos cuatro datos han sido puestos de manifiesto a modo de argumentos a favor de la iniciación de oficio en los procesos por delitos sexuales, por ESCOBAR JIMÉNEZ y DEL MORAL GARCÍA, margs. 501 a 505.

¹⁰ Esta afirmación que es válida para los delitos de naturaleza sexual quiebra, como afirmación general, con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 en el que se produce un notable incremento de delitos privados. Un estudio a este respecto puede verse en MONTÓN REDONDO, para quien "(...) las ventajas de este sistema [de incremento de los delitos privados] parecen evidentes, si sopesamos las consecuencias que puede suponer para agilizar la maquinaria judicial: menos posibles causas penales para enjuiciar conductas que, de estimarse delito/falta públicos exigirían, en cualquier caso su persecución de oficio; como consecuencia, actuación y utilización más racional de Ministerio Fiscal en su condición de acusador público: Tal nos lleva a considerar que, quizás, haya sido esta última estimación la que ha llevado al legislador a este nuevo planteamiento, como una más de las distintas fórmulas que vienen ensayándose para conseguir una justicia más rápida sin incremento sustancial de medios, que sería lo más razonable aunque ciertamente más gravoso para el erario público". Vid. MONTÓN REDONDO, marg. 948. Aunque este tema escapa, en cierta medida, del objeto de estudio del presente trabajo, dejo manifestado mi respetuoso distanciamiento en relación con los motivos expresados como sustento del incremento de los delitos

recorte (p. 279) de la privatización del “*ius persecuendi*” al que se hizo referencia en la introducción del presente trabajo, asistimos no sólo a la desaparición, en 1989, del perdón de la víctima como causa de extinción de la responsabilidad criminal¹¹ sino también a una paulatina relajación de los requisitos de parte para la incoación del procedimiento admitiéndose, de esta manera, la validez de la denuncia “*in voce*” o la mera verificación de que, efectivamente, la víctima no se opone a la persecución del delito por parte del Ministerio Fiscal¹². Y siguiendo esta línea evolutiva, llegamos al gran avance de la legislación española en la materia que nos ocupa, consagrado en el art. 191.1 del Código Penal de 1995 y que, lamentablemente, no ha ido acompañado de una buena aceptación práctica en lo que a su aplicación cotidiana se refiere.

El art. 191.1 del Código Penal establece que “para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa **denuncia de la persona agraviada**, de su representante legal **o querrela del Ministerio Fiscal**, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

Este artículo suscita algunas cuestiones tales como las relativas a la legitimación –si escalonada o no- o al modo de iniciar el procedimiento – denuncia o querrela- a las que se hará referencia seguidamente; pero una

privados en el nuevo Código Penal Español. A mi juicio, la agilidad de la maquinaria judicial no debe conseguirse mediante una disminución de la persecución delictiva; difícilmente podría entenderse que cumple el Estado con la primera de sus misiones –garantizar la paz social- cuando permanece inactivo ante la evidencia de su vulneración. Si el único modo de garantizar la paz social pasa por fórmulas gravosas para el erario público –al parecer la otra opción consiste en dejar de garantizarla-: grávese, pues, al erario público.

¹¹ Actualmente, la intrascendencia procesal del perdón del ofendido se regula en el art. 191.2 CP si bien, como destaca ORAÁ GONZÁLEZ, p. 1349, su inclusión en dicho precepto “se explica más por el peso de la tradición que por su estricta necesidad” puesto que el art. 130.4 contempla como causa de extinción de la responsabilidad criminal, la del perdón del ofendido “cuando la Ley así lo prevea”. “En otras palabras –sostiene el autor- no sería distinta la situación legal si el art. 191.2 no existiera, como lo prueba el hecho de que, por la regla que se acaba de citar, también es ineficaz el perdón en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual que no son aludidos en aquél”.

¹² Este recorte de la privatización del “*ius persecuendi*” ha sido puesto de manifiesto por MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, , p. 271 ss.

de ellas, sin embargo, adquiere una relevancia fundamental por tratarse no sólo de una absoluta innovación legislativa sino, lo que quizás es más importante, por el cambio de actitud que denota en relación con el tratamiento de los delitos sexuales; me refiero, sin duda, a la posibilidad de que el procedimiento se inicie a instancia del Ministerio Fiscal, previa ponderación de los intereses en presencia.

(p. 280)

2.1. Legitimación

Si se deja al margen el último inciso del art. 191.1 CP, a través del cual se legitima directamente al Ministerio Fiscal para incoar el procedimiento en caso de víctimas menores, incapaces o desvalidas, resultará fácil observar que la legitimación se predica tanto de la persona agraviada cuanto de su representante legal y del Ministerio Fiscal; con la diferencia de que en los dos primeros casos mencionados será suficiente la interposición de denuncia mientras que en el último supuesto se requiere de querrela que, a mayor abundamiento, deberá interponerse tan sólo previa ponderación de los intereses en presencia.

La doctrina, posiblemente bajo el influjo del antiguo Código Penal¹³, se pregunta si la legitimación para iniciar el procedimiento se atribuye a estos sujetos de manera escalonada¹⁴ o alternativa¹⁵. A mi juicio, resulta evidente que la legitimación del agraviado o su representante legal en relación con la del ministerio Fiscal se otorga de manera alternativa, de modo que ante la inactividad de estos, la voluntad de la víctima puede,

¹³ El antiguo artículo 443 del Código Penal en su redacción de 1973 establecía una legitimación escalonada conforme al siguiente tenor: "Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada, o del descendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratase de menores o incapaces".

¹⁴ En este sentido se pronuncia ORTS BERENGUER, para quien la voluntad del agraviado de no denunciar no puede ser suplida ni por su representante legal ni por el Ministerio Fiscal. Vid. VIVES ANTÓN, T.S., 1996, Vol. I (arts. 1 a 233).

¹⁵ Esta posición es la sostenida por CANCIO MELIA, 1996, p. 1632, para quien "(...) no se trata de una atribución escalonada de la facultad de iniciar el procedimiento (primero el agraviado, luego –en caso de que éste no esté en condiciones- su representante y sólo en tercer lugar el Ministerio Fiscal), sino alternativa, es decir, por un lado –mediante denuncia-, el agraviado y en su defecto su representante legal, o, por otro, -mediante querrela-, el Ministerio Fiscal (que precisamente por ostentar esta facultad –de la que carecía en la regulación anterior- deberá ponderar los intereses en presencia".

perfectamente, ser suplida por la actuación del Ministerio Fiscal¹⁶; ésta, no obstante, habrá de revestir, necesariamente, la forma de querrela que se interpondrá previa ponderación de los intereses en presencia. Según ello, la voluntad de la víctima de no denunciar podrá ser relevante (a efectos de ponderar los tales intereses en presencia) pero no decisiva en lo que a la iniciación del procedimiento se refiere.

Mayores problemas, sin embargo, podrían suscitarse en relación con la posible atribución escalonada de la legitimación al representante legal. Ciertamente de **(p. 281)** “extraña” puede tacharse la diversidad de sujetos legitimados a que éste primer inciso del art. 191.1 CP hace referencia (persona agraviada o su representante legal), pues si tenemos en cuenta que en el inciso final de tal precepto se recoge la denuncia del Ministerio Fiscal como vía legítima de iniciación del procedimiento para casos de víctimas menores, incapaces o desvalidas, no resta sino entender que cuando se hace referencia a la denuncia de la persona agraviada, se está pensando en aquella persona mayor de edad y plenamente capaz¹⁷; en cuyo caso, la posibilidad de que, o bien en su defecto o bien alternativamente, la denuncia pueda ser interpuesta por su representante legal es, cuanto menos, de difícil explicación. El defecto de técnica legislativa en la redacción del art. 191.1 se manifiesta pues de una manera evidente y, según ello, debe entenderse, a mi juicio, que cuando se habla de la legitimación del representante legal, se está haciendo referencia al representante legal del menor o incapaz (legitimación que compartiría, alternativamente, con el Ministerio Fiscal mediante la interposición de denuncia)¹⁸. En otro caso, la conexión entre los dos incisos del art. 191.1 Cp carecería de todo sentido.

¹⁶ En el mismo sentido vid. LÓPEZ CABALLERO, J.C., p. 251-252.

¹⁷ En el mismo sentido, vid. MARCOS AYJÓN, M., p. 604,. Concretamente sostiene este autor que la situación que se genera en los delitos sexuales es distinta de la generada por el resto de delitos públicos, en los cuales, por ser perseguibles de oficio, se admite la posibilidad de que sean los propios menores o incapaces los que interpongan la denuncia. De hecho, según el art. 260 LECrim los impúberes o “los que no gozaren del pleno uso de su razón” no están obligados a denunciar pero ello no quiere decir que, en modo alguno, les resulte vedada tal posibilidad o simplemente, que no puedan hacerlo.

¹⁸ Este es, asimismo, el significado con que se interpretaba la expresión “representante legal” en la redacción del art. 443 del antiguo CP, con la evidente diferencia de que, como se ha dicho, la atribución de legitimación, entonces, se realizaba de manera escalonada. A este respecto pueden verse los comentarios de CABEDO NEBOT al art. 443 del Código Penal en su redacción de 1973, en VÁZQUEZ IRUZUBIETA (Coordinador).

De conformidad con todo lo visto hasta el momento, los procedimientos seguidos por delitos sexuales se iniciarán, si la víctima es mayor de edad y está capacitada, tan sólo previa denuncia de ésta o alternativamente, querrela del Ministerio Fiscal; y para aquellos supuestos en los que la víctima fuera menor, incapaz o desvalida, previa denuncia de su representante legal o, alternativamente, del Ministerio Fiscal. No existe, por tanto, atribución escalonada de legitimación en ninguno de los dos supuestos analizados.

Si bien se observa, la entrada en vigor del art. 191.1 CP supone dar un paso de gigante en el camino de la “publicación” de los delitos sexuales porque, piénsese que habilitado el Ministerio Fiscal para interponer querrela, éste podrá (**p. 282**) iniciar el procedimiento a partir del conocimiento de la “notitia criminis” y ello con independencia del modo o la vía en que ésta le llegue (ya sea mediante denuncia de la víctima, de su representante legal o por cualquier otro medio ajeno incluso al entorno personal de la víctima).

El problema que suscita esta apertura, como suele suceder con todas las innovaciones legislativas, reside en que para su buen funcionamiento requiere de ciertas modificaciones en las pautas de comportamiento de los distintos operadores estatales –fundamentalmente los jurídicos– involucrados en la persecución delictiva. De esta manera, para que pueda cumplirse el objetivo perseguido con el art. 191.1 que no es otro que el de, en determinados supuestos, posibilitar la investigación y enjuiciamiento de los delitos sexuales independientemente de la voluntad de la víctima, será necesario que de toda denuncia sobre esta materia se dé traslado al Ministerio Fiscal (independientemente de la posición que adopte la víctima) para evitar que pueda darse una orden judicial de archivo de las actuaciones sin audiencia previa del Ministerio Fiscal¹⁹. Es más, debería crearse la infraestructura o el sistema necesario para que incluso en el caso de inexistencia de denuncia se ponga en conocimiento del Fiscal esa

¹⁹ Hasta el momento el actuar normal podría resumirse de la siguiente manera: la víctima de un delito –de cualquier naturaleza; también sexual– se dirige a comisaría e interpone su denuncia, de la que se da traslado al juzgado comenzando así la tramitación del procedimiento. Para el supuesto de que realizado el ofrecimiento de acciones la víctima decida no sostener la acusación, debemos distinguir dos situaciones: 1ª.- si el delito es público o semipúblico (supuesto éste en el que sólo se requiere la previa denuncia del ofendido pero no así el sostenimiento particular de la acusación) continúa la tramitación del proceso siendo mantenida la acusación por el Ministerio Fiscal; 2º.- si el delito es privado se archivan las actuaciones sin que el fiscal tenga conocimiento alguno de la existencia de las mismas.

presunta actuación delictiva a fin de que éste pueda incoar las “diligencias informativas” a que viene facultado por virtud del art. 785 bis LECrim y utilizar el resultado de las mismas a efectos de ponderar esos intereses en presencia, de los que depende la posible interposición de la querrela. En la línea que venimos sosteniendo resulta de todo punto conveniente –incluso necesaria- la presencia del Ministerio Fiscal desde la primera declaración policial de la víctima, de modo tal que la apertura de diligencias informativas no pase por una nueva toma de declaración, lo cual no haría sino fomentar el efecto victimizador que ya de por sí, genera la tramitación del proceso²⁰.

(p. 283) En la práctica suele suceder que la víctima cuenta con un parte médico de urgencias, o bien puede suceder también que ésta haya acudido a asociaciones tales como la Oficina de Ayuda a Víctimas del Delito, la Asociación de mujeres Maltratadas etc. Hasta ahora, la víctima del delito era la depositaria de cuantos documentos y actuaciones se habían practicado en relación con el delito; sin embargo, a partir de esta nueva construcción legal se hace necesario que todas estas actuaciones lleguen a la fiscalía. La infraestructura a que se viene haciendo referencia pasaría por una estrecha comunicación entre estas asociaciones y la Fiscalía; comunicación que si no se entabla de manera directa debería tener como único intermediario válido a la propia Policía.

La importancia del art. 191.1 CP radica en colocar al Ministerio Fiscal en el mismo plano que la víctima en lo que a la iniciación del procedimiento respecta, al poder querellarse independientemente de la voluntad de ésta. La legitimación “*ab initio*” del Ministerio Fiscal le legitima también a tomar

²⁰ La Circular Nº 2/1988, de 27 de octubre sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violento y contra la libertad sexual, recuerda a los Fiscales, con las siguientes palabras, los principios que deben guiar su actuación: “Es necesario (...) procurar un adecuado acercamiento y humanización de los procedimientos en los que se ve involucrada la víctima, y a este esfuerzo no pueden ser ajenos los miembros del Ministerio Público, por lo que aunque ello suponga rebasar el marco específico de la circular, se debe recordar en todo caso la obligación que sobre los Fiscales pesa de velar porque en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima se haga con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad (Art. 15.3 Ley Nº 35/1995) y el específico deber que la Ley nos atribuye de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, solicitando si es necesario y adecuado a la Ley procesal la celebración del juicio a puerta cerrada (art. 15.5. Ley Nº 35/1995) precauciones éstas orientadas con justeza a evitar indeseables formas de victimización secundaria”.

conocimiento de los hechos desde su perpetración así como a investigar lo sucedido.

En relación, sin embargo, con este último punto conviene plantearse si la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inicie las diligencias de investigación a que se ha hecho referencia, se configura como un derecho o como un deber. Si partimos de la base de que para la interposición de querrela el Fiscal habrá de ponderar los legítimos intereses en presencia, resultará que mal puede efectuarse tal ponderación si no se dispone de la información precisa sobre los hechos, el presunto autor y las circunstancias sociales que rodearon el caso; ello supone que, desde esta perspectiva, la posibilidad de abrir tales diligencias informativas se configura como un “derecho-deber” de la Fiscalía. Sin embargo y como consecuencia del resultado obtenido por las mismas, la interposición de querrela por parte del Ministerio Fiscal se configurará tan sólo como un derecho cuyo ejercicio correrá íntimamente ligado al principio de oportunidad.

(p. 284) El principal problema con que contará la investigación intentada por el Fiscal es que, indudablemente, sus diligencias informativas no equivalen, ni sería conveniente que así fuera, a la investigación sumarial iniciada por el Juzgado. Son muchas pues las limitaciones a que se enfrenta y, de entre ellas, quizás convenga analizar, por su importancia, la de si el Fiscal, desde esta perspectiva y en el ejercicio del “derecho-deber” que le lleva a abrir diligencias informativas, tiene la posibilidad de exigir a la víctima la revelación de la identidad del autor de la agresión²¹. Para contestar a este interrogante es necesario partir de dos consideraciones previas: 1ª.- que las diligencias de información se abren en una fase preprocesal en la que la víctima ni ha adquirido la condición procesal de parte, ni la de testigo pues aunque haya presenciado los hechos –requisito necesario para testificar- no ha sido llamado al proceso en calidad de tal-; y 2ª.- que el Ministerio Fiscal es un órgano del poder ejecutivo y no del poder judicial de donde resulta difícil predicar su sometimiento a él amparándose en el deber ciudadano de colaborar con la administración de justicia.

Sobre la base de las dos premisas anteriores resulta posible afirmar que no existe obligación alguna de la víctima de desvelar la identidad del

²¹ Piénsese que una de las diferencias fundamentales entre la interposición de denuncia y querrela es que esta última requiere de la determinación del sujeto activo para su válida interposición.

agresor al Ministerio Fiscal²². La única posibilidad de persecución del delito en estos supuestos pasa por una estrecha colaboración entre el Fiscal y la Policía, creando en ésta la obligación de continuar las actuaciones hasta llegar a averiguar la identidad del autor de los hechos²³.

(p. 285) No obstante y en cualquier caso, la anterior precisión levanta cierto halo de pesimismo en lo que respecta a la relevancia práctica de este intento de “publicar” la persecución de los delitos sexuales en todos aquellos supuestos en los que los dos legitimados (persona agraviada y Ministerio Fiscal) ostenten intereses contrapuestos. De ahí la importancia de una adecuada ponderación de los intereses en presencia: distinta es la situación de la víctima que no quiere denunciar pero no obstaculiza la investigación, es decir, que no plantea una posición de lucha activa contra la persecución del delito, de aquélla otra que no sólo no denuncia el hecho sino que se muestra contraria a cualquier posible persecución del delito o del delincuente.

El art. 191.1 sienta las bases necesarias para un avance en la persecución de los delitos sexuales acorde con el actual sentir social. Su incardinación, sin embargo, en el conjunto del ordenamiento no aparece exenta de problemas, de modo que el que la letra del precepto quede en papel mojado o adquiera relevancia práctica depende ahora de los esfuerzos del poder ejecutivo y del Judicial; el legislativo ha cumplido su misión. Resta tan sólo por adoptar un conjunto de medidas, de carácter preprocesal, que incidan de manera fundamental en las comunicaciones y relaciones que

²² Situación radicalmente distinta sucedería en el juicio oral en el cual, si la víctima decidió no sostener la acción penal y no convertirse, por tanto, en parte será llamada al mismo en calidad de testigo y, en tal caso, tendrá obligación de decir verdad (si bien, obviamente, podrá solicitar las medidas de protección previstas en la Ley Orgánica 19/94; al respecto vid. FUENTES SORIANO, O., p.135 a 162. No obstante la inaplicación del delito de falso testimonio en España hace que tal obligación desaparezca de la praxis cotidiana de los juzgados.

²³ Los pocos años de vigencia del nuevo Código Penal junto con la nula atención prestada por la Fiscalía al art. 191.1 CP, hacen que no se haya sentado todavía una línea jurisprudencial en relación con el punto que nos ocupa pero no sería descabellado imaginar que el Tribunal Supremo siguiendo la misma orientación antiformalista con la que viene bordeando la exigencia del requisito de la denuncia del agraviado para proceder (admite la denuncia “*in voce*” e incluso ha llegado a considerar suficiente la verificación de que, efectivamente, la víctima no se opone a la persecución del delito por parte del Ministerio fiscal), termine por admitir la querrela relajando la necesidad de determinación del sujeto activo del delito a un momento posterior de la investigación sumarial.

mantienen la policía, la Fiscalía y todas aquellas asociaciones de asistencia a las víctimas de delitos sexuales incluyendo aquí a los facultativos que realizan la primera exploración expidiendo el correspondiente parte de asistencia. Sólo mediante el adecuado fomento de esta intercomunicación podrá alcanzarse con éxito el objetivo que inspiró la redacción del art. 191.1 CP.

2.2. La querrela del Fiscal sometida a criterios de oportunidad

Según la redacción literal del art. 191.1 y tal y como ya se ha tenido ocasión de constatar, es *condictio sine qua non* para la interposición de querrela por parte del Ministerio Fiscal, la previa ponderación de los “legítimos intereses en presencia”²⁴. Se trata de una cláusula de oportunidad que convierte en un derecho, y no en un deber, la iniciación del procedimiento por parte del Fiscal.

La práctica totalidad de la doctrina coincide en destacar que el principal problema que plantea esta previsión es el de la indefinición de los derechos a (p. 286) ponderar²⁵ pues cuando se hace referencia a “los legítimos intereses en presencia” puede entenderse que estos son tan sólo los de la víctima —en no denunciar-²⁶ o bien que tan legítimos son los de la víctima cuanto cualesquiera otros que atiendan, por ejemplo, al carácter

²⁴ La inclusión de esta precisión en nuestra normativa se muestra plenamente conforme con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 1987 a través de la que se intenta fomentar el principio de oportunidad en las legislaciones penales.

²⁵ Abiertamente contra la redacción del art. 191.1 CP se muestra LÓPEZ CABALLERO, p. 252 y 253, para quien la cláusula a que se viene haciendo referencia “consagra una oportunidad a la inversa [a su juicio la función de la oportunidad es la de despenalizar la delincuencia menor o de bagatela suponiendo la renuncia al ejercicio de la acción penal], que además contradice la decisión ya tomada de supeditar el castigo de estas infracciones a la denuncia del ofendido o de sus representantes legales (...). Por ello —sigue diciendo el autor— considero que hubiese sido preferible mantener la fórmula del Código derogado, limitando la legitimación del Fiscal en los supuestos de menores o incapaces. Y si de lo que se trata es de avanzar la superación de la tradicional configuración de estos delitos como ilícitos de signo privado, mejor hubiese sido suprimir el requisito de perseguibilidad, convirtiéndolos pura y simplemente en delitos públicos”.

²⁶ En este sentido se pronuncian CARMONA SALGADO, 1996, p. 354 y CANCIO MELIA, 1996, p. 1632, para quien “la referencia al principio de oportunidad contenida en la instrucción de ponderación dirigida al Ministerio Fiscal basta para tener en cuenta los intereses de la víctima; no parece adecuado restringir en mayor medida las facultades de intervención del poder público”.

reincidente del agresor, a la necesidad de garantizar la paz social (lo que implica, sin duda, garantizar los intereses de futuras víctimas), etc.

De una observación de la evolución parlamentaria del precepto se desprende que el espíritu latente bajo el texto de la Ley es el de ponderar no sólo los intereses de la víctima sino también cualesquiera otros relacionados con la comisión de los hechos delictivos. Téngase presente que esta disposición trae su causa del intento de suprimir el requisito de la denuncia para la perseguibilidad de los delitos sexuales; sin embargo, contó con la oposición del grupo socialista que defendía la exigencia de la denuncia sobre la base de la necesaria defensa a la intimidación de la víctima. Ante esta situación, prosperó la enmienda transaccional (C/510/15491) que aludía a la ponderación de los intereses “en presencia”. Cuando el proyecto pasó al Senado se planteó la posibilidad de referirse tan sólo a los intereses de la víctima prevaleciendo, finalmente, la inclusión del calificativo “legítimos” referido a los intereses a ponderar²⁷.

Por todo ello, entiendo que la ponderación de intereses a realizar por el Fiscal previa a la interposición de la querrela debe ser una ponderación amplia que atienda no sólo a los intereses de la víctima sino también, y fundamentalmente, **(p. 287)** al mantenimiento de la paz social (lo que supone observar las características psíquicas del agresor, las circunstancias que rodearon al hecho, la reincidencia...). Indudablemente se echa en falta la manifestación del Fiscal General del Estado sobre cuáles son esos intereses en presencia y cómo deben ser estos entendidos y ponderados. Ello no hace sino incidir sobre la ya destacada desatención que los Poderes Públicos han prestado a este precepto de capital importancia no sólo a nivel legislativo y judicial, sino lo que es más importante, a nivel social.

Sin embargo, y pese a la indefinición ya reiterada, comparto la posición de quienes entienden que la iniciación de estos procedimientos a instancia del Ministerio Fiscal aparece plenamente justificada en los siguientes tres supuestos²⁸: 1º.- cuando la agresión sexual se cometiera conjuntamente con otro delito perseguible de oficio; 2º.- cuando el hecho haya trascendido a la opinión pública; y 3º.- cuando se demuestre la especial peligrosidad de sus autores. En relación con el primero de los supuestos planteados imagínese, a título de ejemplo, un robo con violación; la persecución de la violación viene justificada por la ausencia de lógica que supondría

²⁷ Vid. LOPEZ GARRIDO, D., y GARCÍA ARÁN, M., , p. 113.

²⁸ Vid. ESCOBAR JIMÉNEZ y DEL MORAL GARCÍA, p.500.

perseguir el robo –delito de menor envergadura social y por tanto dotado de una pena inferior- sin poder perseguir la violación que se comete simultáneamente. En relación con el segundo supuesto, piénsese que el principal argumento en favor de la iniciativa privada de estos delitos es el de tratar de evitar el efecto pernicioso que la publicidad del proceso pudiera ocasionar en la víctima; sin embargo, puesto que en el presente caso la publicidad ya se ha conseguido y sus efectos son inevitables, no perseguir el delito dejando al delincuente en absoluta impunidad no sería sino una falta de responsabilidad que el Estado no debe permitirse²⁹. Y, por último, en el tercero de los supuestos enumerados, el debate sí que se presenta plenamente como interés público/interés privado. La pregunta es si ante la presencia de, por ejemplo, un violador reiterado (en España tenemos casos de violadores cuyas acusaciones se cuentan incluso por decenas –el “violador del castillo” en Alicante, el “del ensanche” en Barcelona...-) le es lícito al Estado no perseguir al delincuente tan sólo porque la/s víctima/s decidieran no denunciar los hechos o no favorecer su investigación. Indudablemente, a mi juicio el compromiso del Estado de garantizar el establecimiento de unas bases mínimas de convivencia, estabilidad y paz social está por **(p. 288)** encima de la voluntad de las víctimas de perseguir estos delitos, cuando efectivamente, los agresores supongan una clara amenaza a estos elementos.

Ante la ausencia por parte de la Fiscalía General del Estado de una interpretación del art. 191.1 Cp, entiendo que bien pudieran ser estos, algunos criterios de ponderación de los legítimos intereses en presencia y ante cuyo resultado el Fiscal ejercerá o no su derecho a interponer la oportuna querrela³⁰.

²⁹ Es cierto que el proceso no sólo afecta a la víctima por la publicidad que el mismo conlleva sino también por cuanto supone que ésta tenga que revivir los hechos en cada interrogatorio o en la práctica de cualquier medio probatorio dificultando así la superación del trauma que, inevitablemente, la perpetración de estos delitos le genera; estas consecuencias, sin embargo, no pueden sino evitarse mediante la adopción de otras medidas del tipo de las que se proponen en el presente trabajo, tendentes a evitar el efecto victimizador del proceso.

³⁰ Pese a que se ha destacado la conveniencia de extender la aplicación de este principio de oportunidad a cualesquiera otros momentos procesales (y no sólo a la iniciación del procedimiento) especialmente en los supuestos de víctimas menores, incapaces o desvalidas (vid. GONZÁLEZ SOLER, O.E., p. 37 a 40) entiendo que, desaparecido el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal, una vez iniciado el procedimiento tan sólo podrá evitarse la sentencia por alguno de los motivos tasados de sobreseimiento de la causa.

No obstante, los problemas planteados por la referida cláusula de oportunidad no se agotan en los expuestos pues para algún autor, la posibilidad de que el Fiscal pueda interponer querrela previa ponderación de los intereses en juego atenta contra el artículo 124 C.E. que consagra la actuación del Ministerio Fiscal sometida al principio de legalidad³¹. A mi juicio, sin embargo, la previsión del art. 191.1 CP no sólo no atenta contra el principio de legalidad del art. 124 Const. E sino que se adapta perfectamente a las exigencias de dicho precepto legal. De una lectura reposada de la citada norma constitucional³² resulta que el Ministerio Fiscal debe interponer la acción penal no sólo en defensa de la legalidad sino también en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. El art. 191.1 CP no obliga al MF a perseguir este tipo de delitos mediante querrela, sino que le faculta para hacerlo en defensa de la legalidad, pero también de los intereses de los ciudadanos (perseguir y castigar al delincuente habitual; interés éste que puede entrar en conflicto con el derecho concreto de la víctima a la intimidad) y del interés público tutelado por la ley (la paz social suficiente para garantizar el pleno desarrollo de la libertad sexual). Desde esta perspectiva no se aprecia el punto de conflicto entre el art. 191 CP y el art. 124 Const. E porque, precisamente, lo que el primero (**p. 289**) establece es la obligación de ponderar el interés del ciudadano y el interés público en la persecución del delito de conformidad con lo previsto en la norma constitucional³³. Pero es que, además y por encima de la anterior argumentación, desde el

³¹ Así, para CARMONA SALGADO, 1996, p.354, "la ponderación de esos "legítimos intereses en presencia" (...) supone que el Ministerio Fiscal tendrá que considerar en el caso concreto la voluntad de la víctima y el deseo de la misma de preservar su intimidad, frente a la imposición que emana del principio de legalidad, proclamado en el art. 124 de la Constitución; ponderación que quizá pueda resultar contraria a dicho principio constitucional".

³² Art. 124 Const. E: "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social".

³³ Conforme con esta posición se encuentra también GARCÍA BECEDAS, p.3, quien entiende que al Ministerio Fiscal le incumbe, sobre la base de art. 124 Const. E, la defensa de las víctimas "tanto por la tradicional atribución al mismo de la defensa de los menores y de los desvalidos, como por la más amplia tutela de los derechos de los ciudadanos y satisfacción del interés social a que se refiere nuestra norma fundamental".

momento en que esta posibilidad de actuación del Ministerio Fiscal - aunque sometida a criterios de oportunidad- aparece recogida en la propia Ley (a mayor abundamiento, Ley Orgánica) cualquier pretendido roce entre ésta y el principio de legalidad, carecería de toda fundamentación.

La inclusión de este criterio de oportunidad deja la configuración de los delitos sexuales en España en una situación intermedia entre los delitos privados y los delitos públicos y, a su vez, distinta de la que ocupan los delitos semipúblicos para cuya tramitación resulta absolutamente necesaria la denuncia del agraviado si bien, que posteriormente se convierta o no en parte acusadora es irrelevante a efectos de perseguir el delito. Los delitos de naturaleza sexual se configuran en España, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, como delitos cuasi públicos cuyo bien jurídico protegido es la libertad sexual; libertad sexual que se considera digna de protección por encima incluso –en ocasiones- de la voluntad de la persona agredida y, en cualquier caso, siempre como “res extra commercium” tratando de evitar que su protección dependa de posibles presiones que pueda ejercer el agresor sobre la víctima intentando bien que no denuncie o bien que retire la acusación³⁴.

A mi juicio, el normal desarrollo de la sexualidad constituye parte esencial del Derecho Fundamental al desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 C.E y que, como tal Derecho Fundamental, los Poderes públicos deben garantizar. De conformidad con ello, si los Poderes Públicos deben garantizarlo, la perseguibilidad de los actos delictivos que atenten contra el desarrollo de la personalidad –en sentido amplio- o más específicamente, contra el desarrollo y ejercicio de la libertad sexual, no puede quedar a la libre iniciativa de los particulares.

³⁴ Como sostienen MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, p. 272, “La privatización o semiprivatización de la persecución de los delitos es una técnica peligrosa, por cuanto puede constituir un factor criminógeno, que fomente las extorsiones sobre la víctima o bien el mercadeo por parte de esta al objeto “vender” la no interposición de denuncia. De ahí el acierto del art. 191.1 por el que se faculta al Ministerio Fiscal para interponer querrela, aquilatando los legítimos intereses en presencia”.