



Interés superior del menor ante las más graves violencias. Exposición de dos casos y su estrategia jurídica¹

The best interests of the child in the face of the most serious violence.
Presentation of two cases and their legal strategy

Amalia Calderón

acalderon@upo.es

Abogada en, Tobaruela Abogadas. Sevilla

ORCID: 0000-0002-5298-9258

Resumen

En este artículo se describen dos casos reales traídos a la práctica, en donde podemos observar el estigma social y la falta de conciencia sobre la realidad de las violencias hacia la infancia que todavía persisten en nuestro sistema jurídico y nuestra realidad social. La perspectiva de género a la que se refiere el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, en estos dos casos, brilló por su ausencia, puesto que el procedimiento judicial supuso una evidente victimización secundaria y como es tan habitual, la víctima no recibirá nunca la indemnización impuesta, por lo que ni siquiera se la reparará económicamente del grave daño sufrido durante tantos. La víctima sigue siéndolo mucho después de que el delito “haya sido cometido”. La pronta intervención jurídica, la interpretación crítica de las pruebas y la reparación integral deben operar cohesivamente y así garantizar de manera efectiva el interés superior del menor y su protección ante las más graves violencias.

Palabras clave: *justicia restaurativa, menor infractor, delitos menores, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.*

Abstract

This article describes two real cases brought into practice, where we can observe the social stigma and lack of awareness of the reality of violence against children that still persist in our legal system and our social reality. The gender perspective referred to by the Supreme Court in numerous judgments was conspicuous by its absence, since the judicial procedure involved an obvious secondary victimisation. As is so often the case, the victim will never receive the compensation imposed, so she will not even be compensated financially for the serious damage suffered during so many years. The victim remains a victim long after the crime ‘has been committed’. Prompt legal intervention, critical interpretation of evidence and comprehensive reparation must operate cohesively and thus effectively guarantee the best interests of the child and his or her protection from the most serious violence.

Keywords: Restorative justice, minor offender, minor crimes, Alternative Means of Conflict Resolution, Criminal Responsibility System for Adolescents.

¹ Varios extractos de este trabajo fueron publicados en su primera versión en Nieto Cabrera, María Elena, Nieto Morales, Concepción (2024). Casos prácticos: jurídicos, socio-jurídicos, sociales que contribuyen a resolver problemas de la vida cotidiana. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/jj.22246938.8>

Cómo citar este trabajo: Calderón, Amalia (2025). Interés superior del menor ante las más graves violencias. Exposición de dos casos y su estrategia jurídica. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (5), 01–14. <https://doi.org/10.46661/respublica.11425>.

1 Introducción

Según un estudio jurisprudencial de Save the Children en 2023, en situaciones de abusos sexuales a menores, 8 de cada 10 veces el agresor es una persona del entorno familiar o conocida, y en los que en un 80,3% de casos la víctima es una niña, evidenciándose la significativa frecuencia con que estos abusos se interseccionan en sus violencias tanto de género como contra la infancia. Además, el 99% de las veces, el agresor carece de antecedentes penales en violencia sexual. Save the Children estima asimismo que tan sólo el 15% de los abusos llegan a denunciarse, y de entre ellos, sólo el 24,9% utiliza la prueba preconstituida.

En los dos casos reales que se exponen, a continuación, a pesar que obtuvieron sentencia parcialmente condenatoria, creemos que el procedimiento y la indemnización más que reparar el daño a los menores, como víctimas, se le ha ocasionado un mayor daño. Su paso por la Administración de Justicia no les ha supuesto ninguna reparación del daño sufrido ni les ha evitado la revictimización ni tampoco los daños psicológicos e interpersonales que seguirá afrontando en su presente inmediato y en el futuro imaginable.

Quizá una intervención más temprana, no demorada en el tiempo por requisitos formales hubiera obtenido el mismo resultado en cuanto a penas y un resultado significativamente mejor en cuanto a reparación del daño y recuperación de las víctimas, siendo esto último, al fin y al cabo, otro fin que la justicia debe activamente perseguir.

Para ello, existe un amplio abanico de metodologías posibles a implementar: desde fiscalía y juzgados especializados en atención a la infancia víctima de violencia, hasta la formación continuada de los operadores jurídicos, pasando por una asistencia jurídica durante todo el proceso e incluso modelos como el nórdico Barnahus o Casa de los Niños.

Más allá de futuras reformas y nuevos recursos, sigue primando la urgente necesidad de salvaguardar la credibilidad y seguridad de los menores.

2 Caso 1. Agresión sexual a menor de edad con la que se mantenía relación sentimental. Antecedentes de hecho

Se deriva un caso de posible agresión sexual a una menor de 12 años de edad, (a la que llamaremos Ana). El supuesto agresor era la pareja de dicha menor, (al que llamaremos Leo), que contaba con 20 años en el momento en que se produjeron los hechos denunciados.

Ambos mantenían una relación desde hacía algo más de un año que era conocida por las familias de ambos jóvenes quienes la aceptaban con total normalidad siendo frecuente que ambos participaran en actividades familiares en ambas. Igualmente era habitual que Leo se quedara a dormir en la casa de Ana, en su habitación si bien la familia afirma que desconocía la edad real de Leo, al que consideraban también menor, y que mantenían relaciones sexuales.

La familia de Ana estaba formada por sus padres y dos hermanos mayores aunque en el domicilio sólo convivía con su padre, que tenía graves problemas de salud. Su madre tenía una grave discapacidad y hacía tiempo que no vivía en el domicilio familiar aunque mantenía el contacto y, sobre todo, el afecto con la misma. Sus hermanos tampoco convivían en el domicilio y tenían sus propias familias, con parejas e hijos ambos.

Tanto el padre como los hermanos afirmaron haber tenido problemas con las drogas que decían haber superado aunque todos ellos tenían algunas causas judiciales pendientes por otros motivos.

Leo y su madre, de procedencia sudamericana, llevaban unos 8 años afincados en España. Convivían con la pareja de la madre, española. La familia de Leo sí tenía conocimiento de la edad de la menor y

mientras que la madre de Leo no le daba importancia a ese hecho, su pareja sí le advertía de las consecuencias que podría tener mantener esa relación.

Durante ese año de relación ambos se seguían en redes sociales y se mostraban celosos cuando se relacionaban con otras personas. Fueron frecuentes las rupturas, normalmente provocadas por esos celos y por la actitud controladora de Leo.

Éste no aceptaba que Ana se relacionara con ninguna otra persona que no fuera él de forma que el círculo de la menor quedó reducido a su propia familia y a Leo y su familia. Solamente tenía relación con iguales en el centro escolar al que asistía pero, una vez que salía, cualquier relación con amigas o compañeros de dicho centro suponía que Leo interviniera mostrándose celoso, menospreciando a esas personas, profiriendo insultos contra ellas y alimentando en Ana la idea de que eran perjudiciales para ella y para su relación.

En muchas ocasiones Leo insultó, vejó y menospreció a Ana tanto de forma presencial como a través de mensajes de whatsapp o utilizando redes sociales.

La llegó a agredir en dos o tres ocasiones sin poderlo precisar ante la negativa que Ana ha mantenido en todo momento de revelar esos acontecimientos habiendo tenido conocimiento de los mismos por el relato de tres amigas que, si bien no estuvieron presentes en el momento de la agresión, sí fueron testigos inmediatos de la reacción y el aspecto físico (con enrojecimiento en la cara o caída en el suelo) de Ana tras percibir un fuerte golpe instantes antes de llegar al lugar en el que ella y su amiga se encontraban.

Un día que Ana no quiso salir con Leo, éste se presentó de madrugada en su domicilio y trepó la valla de la vivienda entrando en el dormitorio de Ana que tenía la ventana abierta. Comenzó a recriminarla por no haber querido salir con él y no contestarle a los numerosos mensajes que le había enviado.

Ante la respuesta de Ana quien le decía, una vez más, que habían roto la agredió propinándole golpes en la cara y en el cuerpo. A continuación la sujetó por los brazos, le bajó el pantalón del pijama y tapándole la boca procedió a penetrarla vaginalmente mientras Ana lloraba. Una vez concluida la agresión, se visitó y se marchó del lugar.

El intento inicial de Ana de resistir y defenderse físicamente de la agresión fue infructuoso. La evidente sumisión que siempre había mostrado ante las decisiones de Leo y el hecho de no querer hacer ruido para no despertar en esa situación a su padre (conocedora de la repercusión que podría tener en su salud) la llevó a un estado en el que sólo fue capaz de decir que no, en varias ocasiones, y de llorar durante todo el tiempo. Pero la negativa fue explícita tanto por las manifestaciones de Ana como por la situación en la que se produjo y el comportamiento de la misma.

De hecho, se quedó el resto de la noche llorando en su cuarto si bien, para no levantar sospechas en su padre, intentó actuar con normalidad así que se levantó y se marchó al instituto sin contar nada. Cuando llegó al centro y se encontró con sus amigas, se derrumbó y les contó que Leo la había violado hacía unas horas.

Estas chicas, mayores que ella, lo pusieron en conocimiento de la dirección del Centro que procedió a llamar a la policía y a contactar con el padre de Ana.

Detenido, Leo afirmó que las relaciones habían sido consentidas y que Ana estaba mintiendo por despecho ya que la había dejado recientemente. Su madre lo apoya en esta declaración y afirma que era Ana la que lo buscaba y que su hijo había estado en casa toda la noche.

El padre de Ana que se encontraba en el domicilio no podía aclarar absolutamente nada puesto que, por su enfermedad, tomaba una medicación que lo hacía dormir profundamente.

Ana, al ser trasladada a un centro médico, presentaba un hematoma en párpado derecho y en miembro superior derecho, otro antiguo en el miembro superior izquierdo y un par de arañazos en el cuello. Vagina normal sin hematomas ni marcas de ningún tipo. Todas ellas lesiones compatibles con los hechos que la misma había relatado y con los que, con posterioridad, relataron sus amigas sobre agresiones físicas previas.

2.1 Estrategia jurídica para la defensa de los intereses de la víctima.

En que trabajar con otras pruebas e indicios para dar credibilidad a la versión de la misma única prueba de cargo para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Así, contábamos con el parte de lesiones que daba credibilidad a la versión que Ana había ofrecido sobre la agresión física previa a la agresión sexual.

Se tomaron huellas del lugar por el que Leo había entrado y que presuponen que no había habido un consentimiento de Ana en ese encuentro pues no era necesario entrar en el domicilio de forma oculta ya que la relación era conocida y consentida por la familia.

Esa entrada furtiva daba credibilidad a la versión de Ana de que se presentó en su domicilio y al negarse ella a verlo, trepó por la fachada utilizando la conducción del aire acondicionado hasta alcanzar su ventana en el segundo piso. Entró y salió por dicha ventana.

Se aportaron numerosas conversaciones de whatsapp y de redes sociales que acreditaban el control que Leo siempre había ejercido sobre Ana, la ambivalencia en muchos de sus mensajes, algunos insultos y descalificaciones, conversaciones en las que la única finalidad era dar celos, mensajes de amor y de arrepentimiento por haberla dejado o por haber tenido determinadas conductas seguidos de mensajes de desamor y de amenazas de hacerse daño.

Todo ello para dar credibilidad a la situación de control y maltrato habitual al que Ana

estaba sometida y que le impedía, junto a otros factores, dejar la relación de forma definitiva.

Tanto a familiares como a amigas de Ana se les solicitó que pusieran de manifiesto cualquier tipo de incidencia, por pequeña que fuera, que les hubiera sorprendido o que les hubiera llamado la atención. Curiosamente fueron las amigas, también menores de edad, las que aportaron detalles sobre algunos incidentes que ni la propia Ana había manifestado y que evidenciaban el maltrato al que había estado sometida.

Se solicitó prueba pericial sobre la asimetría de la relación que ambos mantenían así como la dependencia emocional de Ana y la madurez de ambos que resultó muy clarificante de la existencia de esa asimetría con una evidente preponderancia de Leo sobre Ana que se encontraba absolutamente absorbida por el mismo, tanto por su edad como por sus circunstancias familiares que no le facilitaban ninguna red de apoyo ni modelo de familia adecuado.

2.2 Afrontamiento de problemática de naturaleza no jurídica

El mayor problema al que nos enfrentamos fue, precisamente, la negativa de Ana a mantener la denuncia.

Esta decisión, en principio, no era cuestionada por el padre, quien ejercía la patria potestad porque en la dinámica familiar era Ana la que adoptaba el rol de cuidadora tanto de él como de los hijos de sus hermanos desde hacía años así que cada decisión que adoptaba la misma era aceptada sin cuestionarla.

Hubo que mantener diversas reuniones con el padre a fin de explicarle y que entendiera la gravedad de los hechos que habían ocurrido y de las consecuencias futuras que podrían tener en Ana si no se adoptaban las medidas de apoyo necesarias. Igualmente se afrontó la necesidad de que su hija y él debían invertir los papeles y asumir él las toma de decisiones. Se le derivó a los servicios sociales para que le

ayudaran en la comprensión y puesta en práctica de estas obligaciones.

Las reservas tanto de él como de su entorno familiar fueron muchas pues temían que la intervención de los servicios sociales conllevara algún tipo de consecuencia con respecto a Ana al no haberla protegido adecuadamente o por la imposibilidad, dado su estado, de poder hacerse cargo de su cuidado.

En pleno confinamiento por la pandemia de COVID 19 el apoyo institucional fue prácticamente nulo. Solamente se consiguió, después de muchas llamadas y quejas, que una psicóloga le hiciera un seguimiento telefónico que consistieron en cuatro o cinco contactos telefónicos antes de la celebración del juicio.

No hubo, en ningún momento, apoyo psicológico ni social ni para Ana ni para su familia por lo que nos tuvimos que enfrentar a un duro procedimiento judicial con una niña muy vulnerable que intentaba parecer siempre muy valiente, segura y madura.

El trabajo llevado a cabo con el padre fue fructífero y éste mantuvo la denuncia y Ana se vio obligada a declarar.

El otro gran problema fue la ausencia de perspectiva de género en los magistrados de la Sala quienes, automáticamente, consideraron que una diferencia de 8 años entre las partes no era relevante dado el desarrollo físico de Ana, para considerar que hubo un abuso sexual continuado por parte de Leo, obviando el contenido del informe de la UVIG que afirmaba lo contrario.

2.3 Normativa de aplicación y fundamentación jurídica

Con base en el artículo 153.2 del CP se le condenó por un delito de lesiones que se produjeron con carácter previo a la agresión sexual y que fueron acreditadas por la declaración de Ana que se corroboró con el parte médico y posterior informe médico forense.

En aplicación del artículo 178 y 179 del CP se le condenó por la agresión sexual sufrida la madrugada en que se produjeron los hechos. Además de la declaración de Ana, se tuvo en consideración la agresión previa, la forma en que accedió a la vivienda y al cuarto de Ana y las consecuencias psicológicas que le ocasionaron y que fueron advertidas ya por la propia UVIG.

Fue absuelto de un delito continuado de abusos sexuales tipificado en los artículos 183.1 y 74 del CP.

2.4 Conclusiones

A pesar de obtener una sentencia condenatoria el resultado de este caso no fue satisfactorio por dos razones.

La primera de ellas, porque no se estimó el delito de abusos sexuales continuado que, como acusación particular, se solicitaba. La Sala estimó que no existía una asimetría entre víctima y victimario obviando el informe meridianamente claro en este sentido que elaboró la UVIG y que la médico forense que declaró en el juicio oral explicó suficientemente. La perito afirmó que, a pesar de que Ana se mostraba más madura que sus iguales y que Leo resultaba algo inmaduro para su edad, entre ambos sí existía una diferencia de madurez que hacía que Ana se viera sometida a la que era su pareja.

Afirmó que Ana había tenido que madurar prematuramente debido a sus circunstancias familiares que la había hecho adoptar una actitud de cuidadora hacia su padre y sus sobrinos. Y que había aprendido a proyectar esa imagen de madurez al exterior de forma que conseguía aparentar algo que no era, una persona adulta y suficientemente formada. Tras esa imagen se escondía una niña que necesitaba de adultos protectores y que escondía sus sentimientos y las carencias afectivas que tenía.

No se contaba con ningún otro informe pericial que entrara en contradicción con esta valoración a la que había llegado dos profesionales. Sin embargo, primó la imagen

física de Ana que mostraba un buen desarrollo físico sobre las conclusiones profesionales de dos peritos sobre su inmadurez psicológica y, por ende, su consentimiento para mantener relaciones sexuales con una persona que casi le doblaba la edad.

La perspectiva de género a la que se refiere el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, brilló por su ausencia.

La segunda, porque el procedimiento judicial supuso una evidente victimización secundaria para Ana quien no contó con apoyo institucional suficiente para afrontar el mismo.

Ello unido a la falta de colaboración de Ana durante todo el procedimiento fue decisivo para no interponer recurso alguno contra dicha sentencia.

Evidentemente, Leo tampoco interpuso ningún recurso ante la sentencia tan favorable que había obtenido, de forma que no se tuvo la oportunidad de proceder, en la tramitación de ese recurso de contrario, a impugnar la sentencia.

Falló prácticamente todo tanto.

Materialmente es cierto que nos encontrábamos en unas circunstancias absolutamente desconocidas que nos desbordaron como sociedad y no había ningún protocolo que considerara que se había de atender a Ana de forma integral, como se establece legalmente, a pesar de la pandemia.

En lo personal, el error quizá fue más estrepitoso precisamente por la época especialmente sensible en la que parecía que nos encontrábamos.

El trato dispensado a una niña de apenas 12 años, en las especiales circunstancias en las que había vivido y continuaba haciéndolo, como si fuera una persona adulta con capacidad de disponer de todos los recursos existentes para gestionar su vida es injustificable. Incluso se le obligó a declarar en la propia sala, apenas a dos metros de su agresor, para salvaguardar el derecho a la

defensa del mismo cuando a ella no se le había protegido como persona especialmente vulnerable con una exploración llevada a cabo como prueba anticipada que hubiera supuesto la reproducción de la misma sin necesidad de que Ana volviera a reiterar algo que ya había contado en numerosas ocasiones y que le hacía mucho daño verbalizar.

Es por ello que, a pesar de una sentencia parcialmente condenatoria, creemos que el procedimiento y la indemnización más que reparar el daño a Ana, como víctima, se le ha ocasionado un mayor daño.

3 Caso 2. Agresión sexual continuada por parte de padre a una menor de edad

3.1 Introducción

La intervención jurídica en el caso de una menor de 12 años de edad (a la que llamaremos Lina) comienza a raíz de la denuncia que emite el hermano mayor de 13 años, (al que llamaremos Pedro) a la psicóloga del colegio al que asiste. A ella le manifiesta haber tenido consciencia durante mucho tiempo de que algo extraño ocurría en su casa, específicamente en la relación que su padre mantenía con su hermana de 12 años, y que tras asistir en el propio colegio a un taller policial en el que se explicaron los delitos de abuso y agresión sexual, sus sospechas se volvieron tan alarmantes que decidió tomar acción y constatarlas. El hermano cuenta que, en el transcurso de una de las agresiones del padre a Lina, se escondió para ver lo que verdaderamente ocurría, y confirmó sus sospechas.

Tras ser testigo de la última de las agresiones, no tuvo ninguna duda de que cada vez que oía a su hermana gritar o llorar mientras estaba en algún cuarto del domicilio a solas con el padre, o cuando volvía con los ojos llorosos y el padre la premiaba con alguna actividad – permitiéndole jugar con la videoconsola o ver la televisión–, había sido una vez más víctima de una agresión sexual.

Pedro transmite este relato a la psicóloga escolar, dando un testimonio inicialmente nervioso dado la dificultad de la situación, y progresivamente más calmado y cohesivo, al ver que la psicóloga no restaba credibilidad ni gravedad a sus palabras. La profesional, de forma inmediata, pone los hechos en conocimiento de las autoridades, que a su vez inician diligencias.

Se toman declaraciones a la madre, quien ni siquiera sospechaba que algo así pudiera estar ocurriendo puesto que siempre se producía cuando ella se encontraba fuera del domicilio – trabajando, haciendo la compra, etc.-- y al hermano, quien ratifica todo lo que había contado a la psicóloga y data el inicio de las agresiones a aproximadamente 5 años atrás, cuando Lina tenía 7 u 8 años. Al tomarle declaración a la menor Lina, ella reconoce ser víctima de los abusos del padre.

Ante la gravedad de la denuncia el padre es detenido y niega los hechos e intenta culpar de los mismos al hijo, como maniobra de distracción y encubrimiento de su propia criminalidad. Su narrativa es desestimada.

Cabe resaltar que durante estas declaraciones, se le ofrece a la madre la dispensa del deber de declarar contra su cónyuge del artículo 416 de la LECRIM, al ser Lina menor de edad y no poder interponer denuncia ella misma. Esto efectivamente cesaría la investigación y procedimiento judiciales. La madre rechaza este ofrecimiento.

Se solicitan las medidas cautelares contra el padre de prisión preventiva y de prohibición de comunicación con ambos hijos. Al acordar el ingreso en prisión, se deniega la medida de prohibición argumentando que la primera hacía innecesaria la segunda. Este error judicial sería evidenciado al poco tiempo, cuando el investigado envía varias cartas a la madre solicitando que lo creyera, culpando nuevamente al hijo de sus actos y pidiendo que retirara la denuncia formalizada como tutora de la hija menor de edad. Una vez aportadas dichas cartas al procedimiento y solicitada nuevamente la prohibición de

comunicación, se acuerda también dicha medida

En la valoración médica, con intervención del médico forense, no se evidencia ninguna lesión vaginal ni anal –si bien se encuentran pequeños desgarros anales que no pueden relacionarse exclusivamente con un abuso– que pudiera corroborar las graves acusaciones que hacían los niños. Careciendo de ninguna otra prueba de cargo, este caso se afronta únicamente con la testifical de los menores, quienes estaban gravemente afectados.

3.2 Estrategia jurídica para la defensa de los intereses de la víctima

Todas las acciones jurídicas necesarias para la acreditación de los hechos se ponderan cuidadosamente, según los límites que demandaba su vulnerabilidad como menores y la debida priorización de su salud psicológica. En ausencia de un parte de lesiones o informe médico forense que pudiera acreditar la existencia de lesiones compatibles con agresión sexual, el trabajo se tenía que centrar en obtener los mayores datos posibles de ambos menores, de otros indicios que corroboraran lo que ellos manifestaban y de utilizar profesionales que pudieran analizar los testimonios de los niños, su credibilidad y, evidentemente, las consecuencias que dichas vivencias les habían ocasionado, valorando además el daño emocional o moral incurrido.

En consecuencia, la acusación se formuló en base a las declaraciones de los menores, la declaración de la madre y de la psicóloga escolar, y una analítica de infecciones de transmisión sexual de madre e hija.

La declaración del hermano Pedro, explicaba en profundidad el motivo por el que había sospechado, cómo había ideado un plan para ver lo que pasaba siendo testigo de la última agresión que describió con todo detalle y cómo, comprobada su sospecha, decidió hablar con la psicóloga porque no se atrevía a contarlo a nadie más.

Dió detalles de la última agresión, puesto que del resto no había sido testigo y por tanto no podía concretar ni el número de agresiones, ni lo que ocurrió en cada una de ellas, ni cuándo comenzaron. Sí declaró sobre las muchas ocasiones en que había visto o escuchado a su hermana llorar o gritar, “como de dolor”.

La declaración de la menor Lina, víctima directa de las agresiones, fue obtenida gracias a la buena práctica de los facultativos. Ésta, inicialmente no quiere contar nada en la consulta. Los facultativos decidieron entonces entrevistarla a solas por si la presencia de la madre la intimidaba o le ocasionaba algún temor, propiciando que la niña contara que el padre la agredía y que no lo contaba porque tenía miedo de que llevara a cabo las amenazas de hacer daño a ella, a su hermano o a su madre. Aunque tampoco podía precisar el momento en que comenzaron las agresiones ni el número de veces que había sido violada sí que fue contundente a la hora de ofrecer otro tipo de detalles que, por su contenido, no hubiera conocido de no haber sido objeto de esas prácticas.

Así contó que, a veces, tenía que hacer felaciones (“chuparle el pito”) o masturbar al padre (le tenía que “mover el pito”); en otras ocasiones, era el padre el que la chupaba a ella por todo el cuerpo. Y, siempre, terminaba con penetraciones anales (“me metía el pito por el culo”) utilizando lubricantes (“me echaba en el culo de un bote y él se echaba en el pito de otro”). Evidentemente, este tipo de detalles no podía ser conocido por la niña si no hubiera sido víctima de todos los actos que describía.

Incluso contó cómo el padre le mostraba videos en el móvil en los que se veía a ambos progenitores manteniendo relaciones sexuales para que ella aprendiera, ya que le decía que “tienes que hacerlo como mamá”.

Cabe destacar la estrategia de la defensa, tanto del padre como su representación jurídica, que se basó en desacreditar a los menores. Inicialmente, al ser acusado, el padre elige criminalizar a su hijo de sus actos.

Argumentó incluso que la mala relación entre padre e hijo se debía precisamente a que él era conocedor de estos supuestos abusos sexuales de Pedro hacia su hermana, por los cuáles sin embargo no habría estimado necesario ningún otro tipo de intervención, ni psicológica ni siquiera tampoco de ponerlo en conocimiento de la madre de los menores, sino que habría libremente permitido que continuaran estos supuestos abusos.

La defensa aprovechó después la imposibilidad de los menores de precisar ciertos detalles de los abusos del padre –de media década de duración y que ocurren además cuando ellos aún tienen edades muy cortas–, alegando el principio de presunción de inocencia o, en su defecto, el principio in dubio pro reo. Su pretensión fue que las propias víctimas menores de edad testificasen con la misma nitidez que un adulto, y al ser este baremo imposible de alcanzar, que se desestimasen por completo sus testimonios.

La madre, ajena a todo lo que ocurría, no dudó en ningún momento cuando los hijos hicieron estas manifestaciones, puesto que esclarecieron varias dinámicas del núcleo familiar: que Lina fuese “la preferida” del padre, mientras que la relación de él con el hijo era sumamente difícil; y que Pedro se negase a quedarse con el padre o en el domicilio si su madre salía, prefiriendo cualquier actividad –por ejemplo, prefiriendo ir a hacer la compra antes que quedarse en casa jugando–; y que los menores manifestaran ciertas dificultades en el colegio –irritabilidad, falta de atención a sus estudios– que no se habían identificado como consecuencia en del abuso que venían sufriendo en casa por parte de su padre

Asimismo, la madre pudo ratificar las manifestaciones de la hija al respecto del lubricante, ya que ella había adquirido dos productos (botes de diferentes colores como decía la niña) que no había utilizado nunca como pareja pero que comprobó que sí se habían usado.

La colaboración que aportó la psicóloga del centro escolar, tanto en su informe inicial

como en su declaración como testigo/perito durante el juicio, fue determinante para la obtención de una sentencia condenatoria. Ella conocía a ambos menores y venía trabajando con ellos en los problemas de adaptación escolar que presentaban, y había creado un vínculo de suficiente confianza como para posibilitar que Pedro le transmitiera los hechos. Su testimonio profesional relacionó íntegramente la severa afectación emocional y psicológica de los menores con los hechos, reafirmando la credibilidad de los mismos. Ni siquiera había sospecha de malos tratos a la madre.

Por último, se dispuso de los resultados de una analítica de madre e hija, ambas positivas al virus del herpes simple 1+2 Ac (IgG), de transmisión sexual. Ello, por sí solo, no implicaba necesariamente que el padre fuera culpable de los hechos que se le imputaban pero corroboraba el relato de la menor al constatar que madre e hija tenía el mismo virus de transmisión sexual, coincidiendo en el tiempo cuando la menor no tenía edad (ni mantenía) ningún tipo de relación sexual con nadie y la madre sólo la mantenía con el padre.

3.3 Afrontamiento de problemática de naturaleza jurídica

Como acusación particular, hubo de trabajar en varios frentes. En primer lugar, no se contaba como prueba con los vídeos que el acusado había exhibido a la menor pues, analizados el móvil y ordenador, no se encontró ningún archivo de contenido sexual.

Es más, no se encontró absolutamente ningún archivo. El padre, en su defensa, había manifestado que él no había mostrado nada a los hijos. Reconoció que veía pronografía pero que la borraba de forma inmediata. Este reconocimiento, en vez de reforzar la presunción de inocencia como se pretendía por la defensa, permitió acreditar que el mismo tenía suficientes conocimientos informáticos como para proceder al borrado de archivos en ambos dispositivos para que no pudieran ser localizados.

Por otra parte, la edad y la vulnerabilidad de ambos hermanos era la mayor de las preocupaciones de la madre, de los servicios sociales que los atendían y, por supuesto, de la acusación. Para evitar posibles revictimizaciones se solicitó, y así se acordó, que se les tomara declaración como prueba preconstituida y en la sala Gesell.

La declaración como prueba preconstituida permitía que no tuvieran que volver a declarar más, evitando su participación en el juicio oral, ni presencialmente ni a través de otros medios como la videoconferencia.

Es decir, les permitía, en la medida de lo posible, terminar con el problema en el momento en que realizaran dicha declaración. El posible inconveniente es que si la declaración es incompleta, o no resulta contundente, adolece de imprecisiones o detalles, etc., no se cuenta con la declaración en juicio para poder precisar, matizar o complementar la misma. A pesar de ello, se optó por esta opción como medio más apropiado para proteger a los menores. Ambos volvieron a contar lo mismo que ya habían manifestado en dependencias policiales, a la psicóloga y a los médicos.

Al contar con un espacio de protección y seguridad, como la Sala Gesell, y con la canalización de su declaración a través de la psicóloga adscrita al Juzgado, se consiguió que ambos declararan en un estado más tranquilo y confiado a pesar de la dureza del relato.

Otro gran inconveniente que se sufrió desde el principio y hasta el mismo juicio oral fue la falta de apoyo de la fiscalía, que tan sólo acusaba por un delito de agresión sexual solicitando pena de prisión de 15 años, inhabilitación absoluta, inhabilitación para empleo o cargo público durante 10 años, privación del derecho a la patria potestad durante 10 años, prohibición de comunicarse o acercarse a la hija a una distancia de 300 metros durante 20 años, y una indemnización de 20.000€.

En cambio, la acusación particular lo hacía por dos delitos: un delito continuado de abusos

sexuales del art. 181, 2, 3 y 4 del CP; y un delito de exhibición de material pornográfico entre menores del art. 186 del CP, concurriendo en este último la agravante de abuso de superioridad y parentesco de los art. 22.6 y 23 del CP.

La sentencia estimó todas las peticiones de la acusación salvo lo relativo a la duración de la pena de prisión por el delito de agresión sexual que rebajó de los 25 años que se solicitaban a 20 años.

En el fallo de la sentencia, dictada por la Audiencia Provincial, se condenó al padre como autor de un delito continuado de agresión sexual a 15 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, prohibición de acercarse a la hija a una distancia inferior a 500 metros y a comunicar con ella por cualquier medio durante 25 años. Igualmente condenó por un delito de exhibición de material pornográfico a menores de 16 años, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, prohibición de acercarse a la hija a una distancia inferior a 500 metros y a comunicarse con ella por cualquier medio durante 5 años.

También se impuso la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por un tiempo de 20 años. Como responsabilidad civil, la indemnización para la hija, se estableció en 50.000,00€. Asimismo, y aunque ya se había obtenido la privación de la patria potestad de ambos menores por vía civil (por los motivos antes expuestos), se acordó la pena de privación de patria potestad de sus dos hijos.

Otra de las solicitudes de la acusación y, en este caso también del Ministerio Fiscal fue la aplicación del artículo 362 del CP, es decir, que no se clasificara en tercer grado hasta que el condenado hubiera cumplido la mitad de las penas de prisión impuestas. Fue estimada.

La sentencia fue recurrida por la defensa impugnando la acusación particular dicho recurso. El TSJA ratificó íntegramente la misma, desestimando el recurso.

3.4 Afrontamiento de problemática de naturaleza no jurídica

El problema fundamental fue la imposibilidad de derivar a los niños para ser atendidos en el programa de evaluación, diagnóstico y tratamiento a menores víctimas de violencia sexual. Y este problema derivaba del propio protocolo para participar en este programa, que exige la autorización de ambos progenitores.

Es obvio que esta exigencia no contempla los supuestos en los que es el propio padre, como el caso que nos ocupa, el que lleva a cabo estas conductas de agresión sobre sus hijos.

Se crea así una laguna en recursos básicos de ayuda ante este tipo de emergencias que deja efectivamente desprotegidos a los menores víctimas de sus progenitores y que sólo puede ser solventada con la autorización judicial.

En este caso, como no se contaba con el del padre -por motivos obvios- se informó a la madre que era necesaria la autorización judicial. Solicitada la misma, la instructora se negó, en varias ocasiones, a acordarla. Hubo que iniciar una procedimiento civil, de forma paralela, para privar de patria potestad al padre y que así no fuera necesaria, al estar privado de cuantos derechos contempla dicha institución, su autorización.

Este formalismo en los requisitos publicados por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, la no adaptación de los mismos a otras posibles realidades y la obstinación de la instructora conllevaron que la precisa intervención con los menores se demorara sustancialmente en un momento crítico.

A pesar de ello, se contó con un buen apoyo por parte de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de la localidad en la que residían, que procuró herramientas de forma constante para afrontar la situación tan delicada, tanto personal como social y

económicamente, que afrontaban niños y madre.

Cabe destacar también el repetido ofrecimiento de que la madre no declarara contra su cónyuge en representación de su hija, intento inequívoco en este caso de la propia Administración de enmascarar un delito y desacreditar y desatender a una menor violentada. Quedan plasmados el estigma social y la falta de conciencia sobre la realidad de las violencias (sexuales) hacia la infancia que todavía persisten en nuestro sistema jurídico y nuestra realidad social.

Madre e hijos mantuvieron, sin fisuras, sus relatos a lo largo de todo el procedimiento. Lina y Pedro, tranquilos ante la imposibilidad de que el padre les hiciera daño o cumpliera sus amenazas, ratificaron todo lo que habían manifestado con anterioridad. La madre, incluso, pudo aportar más datos en el juicio oral y apoyó los hechos narrados por sus hijos.

3.5 Normativa de aplicación y fundamentación jurídica

Este caso pasó primero por el Juzgado de Instrucción, después por la Audiencia Provincial y finalmente por el Tribunal Superior de Justicia, estando ahora en curso en el Tribunal Supremo.

Queda constituido un delito de agresión sexual a menor de carácter continuado (art. 74 del CP) y del art 181 1,2 3 y 4e) y 74 del CP al estimar, según el TSJ “plenamente acreditados los hechos que relató la hija del acusado en la prueba preconstituida”, concluyendo que las manifestaciones de la menor se mantienen “persistentes en el tiempo, y resultan objetiva y subjetivamente creíbles, además de mencionar elementos de corroboración periférica y ponderar, asimismo, como elemento de cargo fundamental el testimonio prestado por el (hermano)”.

Se rechazan repetidamente las alegaciones de la defensa de que ambos relatos estaban “plagados de contradicciones y lagunas”, mencionándose la STS núm. 938/2016, de 15

de diciembre por la que “la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada”.

El TSJ reafirma “la inexistencia de contradicciones de la niña sobre cómo ocurrieron los hechos y dónde ocurrieron” de su declaración al Juzgado Instructor, en la que narró “de forma espontánea [...] detalles tan mórbidos”. El testimonio del hermano fue asimismo crucial, “describiendo de forma detallada y minuciosa la secuencia que logró visualizar directamente tras hacerse el dormido”. Quedan así probados los “hechos nítidamente creíbles” también sustanciados por el triple test de fiabilidad del testimonio de la menor y porque “la especial brutalidad que emplea el padre con su hija se convierte en una constante el resto de ocasiones en que la agrede durante todo este tiempo”.

La defensa intentó negar las agresiones sexuales según la inexistencia de lesiones encontradas en las zonas genitales de la menor susceptibles, argumentación que el TSJ rechazó enérgicamente poniendo de manifiesto que “el extenso periodo durante el que se produjeron las agresiones, la rápida recuperación de éste tipo de tejidos y la técnica de introducir los dedos de una de sus manos en el recto de la menor antes que su pene (dilatando por consecuencia dicha zona anatómica), han podido minimizar la irrogación de lesiones relevantes, y la lesión detectada en región perianal compatible con una penetración anal”.

Mencionan también el empleo de lubricante, corroborado asimismo por la madre de la menor que declaró había un bote usado que ella no había utilizado.

Se estima también una agravante de parentesco del artículo 23 del CP y del 181. 4 e, que la defensa trató de impugnar.

La Audiencia Provincial señala que el aprovechamiento de esta posición de superioridad “no se limitó sólo a prevalerse de su convivencia con la menor y de su relación de superioridad sobre la misma por ser su padre, sino que utilizó intimidación e incluso en algún momento algún tipo de violencia sobre la menor”, específicamente “una clara y evidente intimidación ambiental, un estado de intimidación permanente o una situación objetiva intimidante” apoyada en las amenazas del padre de que la menor no contase nada a su madre y que “lo hiciese en condiciones” porque sino “iba a pasar algo malo”.

El TSJ valoró esto como “desafortunadas expresiones susceptibles de alumbrar todo tipo de horrores infantiles , tanto en lo que respecta al infortunio de su madre , cuya seguridad quedaba en trance , al igual que la de su hermano y la suya misma” y en definitiva “un temor susceptible de rebasar todas las fronteras de la sensibilidad infantil ,en el seno de la amenaza del mal [...] y ciertamente verosímil” con el objetivo consumado de “quebrantar la voluntad de la menor (mediante) comportamiento clara e incuestionablemente intimidatorio”.

La Audiencia Provincial apuntó además cómo la menor declaró que el padre “a su hermano lo odiaba, porque él se escabulló cuando su padre lo intentó violar, lo que acrecentaba el temor de la menor a las consecuencias que podría tener para ella el oponerse a los actos sexuales que su padre le imponía” y denotaba también la peligrosidad milagrosamente esquivada de la misma conducta criminal del padre que haya podido mostrar también hacia su hijo.

Queda recogido un delito de exhibición de material pornográfico a menores con la agravante de parentesco del artículo 23 del CP, mencionando la AP que las declaraciones de madre y hermano ratifican que el padre veía vídeos pornográficos en el ordenador y

que, según el TSJ, “aún cuando lograrse neutralizar o borrar el material exhibía escenas de ésta índole a la niña, llegando a enseñarle secuencias en las que el acusado practicaba sexo con su consorte visionado en la que animase a la menor a hacer los mismos ruidos y a hacerlo mejor”.

Se estima la responsabilidad civil del Art. 116 del CP en 50.000€ como la “adecuada compensación, que nunca alcanzará la reparación” de los daños a la víctima.

Se establece pena de prisión y posterior medida de libertad vigilada, privación de patria potestad, medida de alejamiento y pena de inhabilitación especial según el art 192 del CP para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 20 años.

3.6 Conclusiones

Según un estudio jurisprudencial de Save the Children se estima que tan sólo el 15% de los abusos llegan a denunciarse, y de entre ellos, sólo el 24,9% utiliza la prueba preconstituida. Según estos parámetros, el caso de Lina quedaría dentro del margen “privilegiado” de casos denunciados y con ciertos recursos jurídicos específicos implementados.

Aun así, este fue un caso complejo en varias facetas, tanto por la naturaleza de los hechos que exigía privacidad en su comisión como por las víctimas, de corta edad y muy vulnerables al estar ligadas al agresor por vínculos familiares que posibilitaron su silencio durante muchos años.

Por su parte, la madre mantuvo una buena disposición para colaborar, pero disponía de escasas herramientas para hacerlo y además había sido mantenida por el agresor en una ignorancia al margen de los hechos durante años, lo que en algunas ocasiones, dificultaba la forma en afrontar el curso de los procedimientos y la toma de decisiones.

Tanto la defensa como la propia Administración intentó disuadirla de iniciar o

continuar sus acciones legales, y en tanto que éstas se produjeron, trataron fehacientemente de desacreditar por todos los medios a las víctimas, los menores.

El resultado fue satisfactorio en lo relativo al reconocimiento de los hechos y la imposición de las penas. Por su parte, la víctima, no recibirá nunca la indemnización impuesta, por lo que ni siquiera se la reparará económicamente del grave daño sufrido durante tantos años de su infancia.

Este daño la perseguirá siempre, a ella y también a su hermano. De hecho, ya se tiene conocimiento de comportamientos destructivos que Lina está llevando a cabo, derivados de los abusos de los que fue víctima. A pesar de que la propia psicóloga anticipó los mismos, no se han podido evitar. Y ello nos hace pensar que, en realidad, no se hizo justicia, pues la víctima sigue siéndolo mucho después de que el delito “haya sido cometido”.

Referencias

- BOZA MORENO, Elena. (2023). Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización Europea. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2) 9-16.
<https://doi.org/10.46661/respublica.8045>.
- CALDERÓN, Amalia, y NIETO MORALES Concepción. (2014). Guía de intervención judicial sobre violencia de género. Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/j.ctt1k232vs>
- CALDERÓN, Amalia. (2014). *Guía para la comunicación de la violencia de género.: La intervención letrada en la defensa de las víctimas de violencia de género*. Sevilla: Consejería de Justicia e Interior.
- CALDERÓN, Amalia, y ATOCHE GARCÍA, María José. (2023). La violencia de género desde la intervención letrada. En *Soluciones prácticas a controversias de la vida diaria. Casos Prácticos: Jurídicos, Socio-Jurídicos, Sociales*, 103-29. Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/jj.1866708.8>
- CALDERÓN, Amalia. (2021). El perito de parte: la defensa interesada. Familia y violencia de género». En *Análisis y valoración de la prueba pericial: Social, Educativa, Psicológica y Médica. El Perito Judicial*, 192-204. Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjxn.17>
- CALDERÓN, Amalia, (2024). La violencia de género desde la intervención letrada. En *Nieto Cabrera, María Elena, Nieto Morales, Concepción (coord.) Casos prácticos: jurídicos, socio-jurídicos, sociales que contribuyen a resolver problemas de la vida cotidiana*. Dykinson, 105-128. Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/jj.22246938.8>
- CALDERÓN, Amalia. (2020). El hábito no hace al monje, ni la toga al abogado. por la lucha y defensa de los derechos. la mujer en la abogacía». En *El trabajo de la mujer en el siglo XXI: la experiencia de la mujer en el mundo laboral*, Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv105bcdn.6>
- CARUSO FONTÁN, Viviana., POMARES CINTAS, Esther., y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora (2024). Introducción al monográfico especial sobre “Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10 2022 de 6 de septiembre, también conocida como Ley del ‘solo sí es sí’”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4) 9-11.
<https://doi.org/10.46661/respublica.10308>
- DELGADO MORÁN, Juan. José. (2024). Acoso y agresión en las nuevas tecnologías: ciberacoso/ciberodio. *AlmaMater. Cuadernos de Psicosociobiología de la Violencia: Educación y Prevención*, nº 5, Dykinson, pp. 107-122.
<https://doi.org/10.14679/3315>
- DOMÍNGUEZ CASTELLANO, Fátima, NIETO-MORALES, Concepción y CALDERÓN, Amalia. (2014). Guía de intervención judicial sobre violencia de género. Dykinson.
<https://doi.org/10.2307/j.ctt1k232vs>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Juan Carlos, DOMÍNGUEZ PINEDA Neidy Zenaida, MIRALLES MUÑOZ Fernando, & LIZ RIVAS, Lenny. (2023). Conductas de

- riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 42–56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>
- FERNÁNDEZ VIDAL, Josefa. (2024). La violencia sexual: factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4) 104-17. <https://doi.org/10.46661/respublica.9523>.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen y MENDOZA CALDERÓN, Silvia. (2019). *Casos prácticos de derecho penal: Parte general*. Tecnos. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1k03p43.9>
- LANCHARRO CASTELLANOS, Alba. (2024). Aspectos victimológicos, psicológicos y forenses en violencias sexuales. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4) 172-91. <https://doi.org/10.46661/respublica.9450>.
- LIZ-RIVAS, Lenny y DELGADO MORÁN, Juan José. (2022). Derecho penal y violencia de género en España. Algunas cuestiones a considerar. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 32.n. 12. p.330-343. Mai./Ago. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.8560>
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. (2023). ¿Pueden Los Menores Consentir Conductas De Exhibicionismo, provocación Sexual O elaboración De pornografía?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1) 9-24. <https://doi.org/10.46661/respublica.8051>.
- LUQUE JUÁREZ José, María, & LIZ RIVAS, Lenny. (2021). Factores ligados a la violencia de género, evaluados en la valoración policial del riesgo, en; “Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica”. Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- MORENO ACEVEDO, Rosmari. (2023). Los delitos relativos a la captación o utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de pornografía infantil, art. 189.1 a). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-17, pp. 1-32. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-17.pdf>
- NIETO MORALES, Concepción y NIETO CABRERA, María Elena (2023). Soluciones prácticas a controversias de la vida diaria: Casos Prácticos 1º ed. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/jj.1866708>
- NIETO MORALES, Concepción, CASTELLANO DOMÍNGUEZ, Fátima, CALDERÓN, Amalia, y TORRES REVIRIEGO, María del Rosario (2015). *Guía de Intervención Judicial sobre Violencia de Género*. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1k232vs>
- PALACIOS GARCÍA, María, Ángeles. y Liz Rivas, Lenny. (2022) El hostigamiento o delito de "stalking" en el trabajo. en *AlmaMater* “Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención”. Dykinson. pp. 91-102. <https://doi.org/10.2307/j.ctv36k5cdb.13>
- PAYÁ SANTOS, Claudio Augusto, DELGADO MORÁN, Juan José (2021). Violencia de género en los jóvenes.: factores de protección frente a la violencia de género. en; "Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica". 1st ed., 69–84. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.6>.
- SIERRA LÓPEZ. María del Valle. (2022). Comisión de varios delitos y libertad vigilada. Análisis en delitos sexuales y delitos contra la vida. *Revista General de Derecho Penal*, (38).
- VILLA SIEIRO, Sonia Victoria. (2024). La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género después de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral sobre la violencia sexual. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 118-38. <https://doi.org/10.46661/respublica.9546>.