

La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil

The judicial evaluation of the victim impact of the crime in cases of child sexual abuse

Josep M. Tamarit Sumalla

Catedrático de Derecho penal de la Universitat Oberta de Catalunya y de la Universidad de Lleida.

resumen

A diferencia de los países en que se han implantado los Victim Impact Statements (VIS) la práctica de los tribunales en España en los casos de abuso sexual infantil está determinada por el importante papel que ejerce la acusación particular y por una creciente, pero todavía incierta, influencia de los informes técnicos. En general los tribunales no atribuyen relevancia al impacto del hecho en la víctima en la determinación de la pena de modo explícito, aunque hay indicios de que si se constata un impacto psíquico categorizado según criterios diagnósticos éste es tenido en cuenta, de modo consciente o no, para agravar la pena. La indemnización por daño moral es utilizada de modo generalizado para compensar los efectos que se presumen en los menores que han padecido abusos. La importación del modelo de los VIS sólo puede hacerse con cautelas, dados sus dudosos resultados en otros países, aunque son recomendables reformas y nuevas prácticas que permitan que los tribunales conozcan el impacto del hecho en las víctimas y se respeten los derechos de éstas a la justicia, la igualdad y la participación.

abstract

Unlike the countries where the Victim Impact Statements (VIS) have been implemented, the practice of the courts in Spain in cases of child sexual abuse is determined by an important role of the private prosecution and by an uncertain influence of technical reports. In general, courts do not attribute relevance to the victim's impact on the determination of punishment explicitly, although there are indications that the evidence of a psychic impact categorized according to diagnostic criteria is taken into account, consciously or not, to aggravate the sentence. Reparations for moral damages are widely used to compensate the presumed effects of crime on children who have been abused. Importation of the VIS model should be done with caution, given its dubious results in other countries, although reforms and new practices are recommended, in order to allow the courts to know the impact of the crime and that the rights of the victims to justice, equality and participation can be guaranteed.

palabras clave

Victimización, abuso sexual infantil, daño moral, impacto psíquico, sistema de justicia penal.

1. Introducción

La relevancia jurídica del daño causado por los abusos sexuales y otras formas de victimización sexual infantil en las víctimas ha sido una cuestión poco tratada por la doctrina penal, pese a los abundantes estudios empíricos sobre la cuestión. Gracias a tales estudios sabemos que la mayor parte de menores víctimas de abuso presentan malestar emocional y daños psíquicos a corto plazo, aunque es menor el número de víctimas que sufren daños a largo plazo (Echeburúa y De Corral 2006; Pereda 2010). Las personas que han padecido abusos en la infancia tienen un mayor riesgo de desarrollar sintomatología depresiva, abuso de sustancias, prostitución, trastornos en la vida sexual o emocional, entre otros, a lo largo de la vida adulta, así como consecuencias neurobiológicas, pero existen factores individuales y relativos al entorno o al apoyo recibido que determinan diferentes tipos de respuesta a la victimización (Pereda y Gallardo-Pujol 2010). Numerosos estudios han señalado que algunas víctimas desarrollan trastorno por estrés postraumático como consecuencia a largo plazo (Cantón-Cortés y Cortés indican que este efecto se produce en un 36% de las víctimas). La investigación victimológica ha permitido conocer también que las personas que han sido víctima de abusos sexuales en la infancia tienen un mayor riesgo de padecer revictimización mientras son menores y en la edad adulta (Widom, Czaja y Dutton 2008). Algunas de estas consecuencias han sido reportadas también respecto a las conductas de victimización sexual online. Sin embargo, los efectos de éstas en general no son asimilables a los del abuso, puesto que en la mayoría de casos no se aprecian efectos psíquicos relevantes. Los adolescentes que han recibido solicitudes sexuales vía Internet tienen mayor sintomatología depresiva y problemas relacionados con el uso de sustancias psicoactivas, pero con una baja incidencia.

El daño psíquico y emocional está mediado por diferencias individuales, determinado por la respuesta del entorno (especialmente importante en los niños y adolescentes) y condicionado culturalmente. A esta complejidad cabe añadir la dificultad de evaluar los efectos de los abusos en el contexto de un proceso penal, en particular teniendo en cuenta cómo opera el tiempo sobre las víctimas. Así, cuando desde ciertas posiciones doctrinales se afirma que hay casos en los que no cabe apreciar efectos de los abusos dada la corta edad de la víctima y que, por consiguiente, la experiencia vivida no va a dañar su libertad

sexual futura (Ropero 2014), debería no olvidarse que la represión de los recuerdos puede determinar que la afectación en la sexualidad o en otro orden vital no se manifieste hasta la vida adulta (Cantón-Cortés y Cortés, 2015).

La doctrina penal en España se ha centrado más en la discusión sobre cuál es el bien jurídico protegido en estos delitos, en torno a la dicotomía entre libertad sexual (concepto arraigado en posiciones político-criminales liberales) e indemnidad sexual (idea acentuada en las reformas penales de signo más intervencionista). Si tenemos en cuenta la evolución que ha seguido este debate, tal dicotomía es relativa. La libertad sexual de los menores a quienes no se reconoce legalmente capacidad de autodeterminación en lo sexual, consiste esencialmente en el derecho a excluir interferencias en el proceso de formación de su capacidad de decidir libremente procedentes de personas con quienes no pueden relacionarse en condiciones de igualdad. El abuso sexual consiste en que el abusador obtiene una ventaja de una persona que no ha podido prestar un consentimiento válido. Por otra parte, el concepto de indemnidad sexual ha ido siendo asumido de modo creciente por parte de la doctrina. A ello ha contribuido la toma de conciencia respecto a los efectos del abuso sexual infantil y el daño que el mismo supone o puede suponer para las víctimas (Ramon Ribas 2015). Algunos autores sostienen que la indemnidad debe ser entendida como ausencia de daño (De la Mata 2017); otros como manifestación de la idea de dignidad del menor, entendiendo el abuso como menosprecio del ser humano y la indemnidad sexual como derecho a un desarrollo psicosocial adecuado (Ropero 2014) o al libre desarrollo de la personalidad (Ragués 2011). Según la jurisprudencia la indemnidad supone el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación sexual adecuada de su personalidad (STS 51/2008) o el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima (STS 988/2016). Pueden interpretarse pues los tipos delictivos que se refieren a la indemnidad sexual como expresión de una prohibición de dañar a los menores, aunque los mismos no exijan la prueba de que se ha producido un daño, sino que establecen una presunción *iuris et de iure* (en el Código Penal español, CPE, en los supuestos del art. 183, 1 y 3) o *iuris tantum* (en los artículos 181 y 182 CPE).

En general se ha aceptado la idea de que los efectos del delito en la víctima son valorados en el proceso penal a los efectos de determinar la responsabilidad civil, pero no se ha planteado (o cuando se ha hecho ha sido para rechazarla) la afectación que el impacto del hecho en la víctima puede tener en la pena impuesta a los sujetos penalmente responsables. Sin embargo, en la medida que se acepte que el resultado co-determina el injusto del hecho o, por lo menos, condiciona la pena, como es de hecho evidente en la mayor parte de sistemas jurídicos dado que prevén una pena más grave para el delito consumado que para la tentativa, y que el injusto es una magnitud graduable, es

racional que el impacto en la víctima y el consiguiente grado de afectación al bien jurídico influyan en la pena impuesta por el juez o tribunal, a quien la ley exige que individualice la pena, dentro del marco penal legalmente previsto, en atención a las circunstancias del hecho y del infractor. La referencia axiológica a la idea de indemnidad y a la prohibición de dañar permite someter a un examen racional crítico tanto la pena abstracta prevista por la ley como la pena impuesta en el caso concreto, en términos de proporcionalidad entre el daño producido por la conducta típica y el mal causado por la pena (Cuerda Arnau 2017). En todo caso, la exigencia de proporcionalidad es también un mandato dirigido a los tribunales sentenciadores, no sólo al legislador, y la valoración del daño plantea problemas prácticos, dado que los efectos del abuso sexual pueden ser distintos para unas u otras víctimas y los informes psicológicos o criminológicos aportados a los procesos penales se emiten en un momento y en unas circunstancias en que la determinación del impacto es algo particularmente complejo, en comparación con una buena parte de los informes médico-forenses emitidos en los casos de lesiones físicas.

Hasta el momento los esfuerzos de las evaluaciones periciales de carácter psicológico en los procesos por abusos sexuales han estado centrados normalmente en cuestiones relativas a la validez y credibilidad de los menores como testigos y en la valoración de los indicios de la existencia del abuso, quedando en general relegada la evaluación del impacto del mismo (Masip y Garrido 2009; Arch y Pereda 2012). Desde la psicología jurídica se ha destacado el mayor riesgo de impunidad de los casos en que no se detectan secuelas psíquicas en el menor y se advierte sobre la necesidad de superar falsas creencias que pueden existir en algunos actores del sistema de justicia penal (SJP), recordando que las respuestas de las víctimas al abuso pueden ser muy diversas y que la falta de efectos psíquicos puede dificultar la prueba pero no es un indicio de falsedad de la denuncia (Scott, Manzanera, Muñoz y Köhnken, 2014). Al mismo tiempo, no puede olvidarse el problema de la atribución causal, dado que la presencia de sintomatología compatible con el abuso no prueba automáticamente la existencia de éste ni permite calibrar hasta qué punto los trastornos son consecuencia del mismo o de otras experiencias vitales o estresores psicosociales. Para ello debe tenerse en cuenta la creciente evidencia existente respecto a la polivictimización, dado que en muchos menores el abuso ha co-ocurrido con otras vivencias de victimización (Montiel y Pereda 2017).

A partir de la aprobación de la Directiva europea 2012/29 y en España de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, los informes técnicos adquieren una mayor relevancia, al introducirse la evaluación individualizada de las víctimas, que debe llevarse a cabo en el ámbito policial, judicial y por parte de las oficinas de asistencia a las víctimas. No obstante, tanto la Ley como el Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que ésta es desarrollada, conciben

las evaluaciones y los informes en función de las necesidades de protección y de asistencia a las víctimas, sin que se haga mención a los efectos que puedan tener en la valoración judicial del hecho.

2. La experiencia de los *Victim Impact Statements*

Un estudio de Derecho comparado permite detectar diferencias importantes entre los diversos sistemas jurídicos, aunque hay algunas cuestiones de fondo comunes. En España y en ciertos países latinoamericanos las leyes procesales prevén desde hace largo tiempo vías mediante las cuales las víctimas pueden declarar y aportar pruebas de los daños que han sufrido como consecuencia del hecho delictivo. Las víctimas pueden ser parte en el proceso penal y solicitar no sólo la responsabilidad civil sino también ejercer la acusación y hacer peticiones de penas para los acusados, con total independencia de la posición que adopte el Ministerio Fiscal. Ello ha sido visto por algunos como una ventaja en comparación con las mayores limitaciones que existen en la mayor parte de sistemas jurídicos, aunque ha sido también criticado desde la perspectiva del principio de igualdad, ya que las víctimas de delitos sexuales, como las de la mayor parte de delitos, no tienen derecho a justicia gratuita ni a recibir una compensación por los gastos que les comporta la contratación de un abogado (Tamarit 2015). Los daños sufridos por la víctima son tenidos en cuenta normalmente al determinar la responsabilidad civil derivada del delito, a partir de la petición hecha por la representación procesal del perjudicado o por el Ministerio fiscal (artículos 109 y 112 CPE). Además, pueden tener una influencia en la individualización judicial de la pena, dentro del marco penal previsto por la ley para el tipo delictivo, dado que el tribunal sentenciador debe determinar la pena “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” (art. 66-1,6ª CPE).

Por otra parte en los países anglosajones (EUA, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Reino Unido e Irlanda) se ha ido imponiendo una práctica que reconoce a las víctimas directas o indirectas, al menos en ciertos procesos penales, el derecho a emitir una declaración sobre el impacto del hecho (*Victim Impact Statement, VIS*). En los EUA ello ha sido consecuencia de diversas leyes federales sobre los derechos de las víctimas dictadas a partir de los años ochenta del siglo xx. Mediante este trámite procesal los jueces pueden conocer los daños físicos, psíquicos, emocionales y económicos que ha sufrido la víctima y tenerlos en consideración al dictar sentencia y determinar la pena impuesta al culpable. Más allá del ámbito anglosajón, en los Países Bajos se implantó este procedimiento en 2005, de modo que las víctimas pueden expresar las consecuencias del delito, pero no pueden hacerlo sobre los hechos ni sobre la pena a imponer al infractor (Lens *et al.* 2014).

Los VIS han sido objeto de controversia. Sus defensores les reconocen diversas ventajas, tanto para las víctimas como respecto al SJP. En relación con las víctimas, se alude a los beneficios psicológicos de ser escuchadas y a la corrección del desequilibrio derivado del reconocimiento de mayores derechos a los imputados en el proceso penal. En lo que respecta al SJP los VIS ponen a disposición de los tribunales informaciones que les permiten dictar sentencias más acordes al principio de proporcionalidad y favorecen una mayor implicación de las víctimas en la persecución de la delincuencia (Erez 1990; Ochoa 2013).

Los críticos han denunciado que los VIS propician inconsistencias en la imposición de las penas, lo cual en términos más próximos a la cultura jurídica continental significa que se vería afectado el principio de igualdad al hacer depender la pena de circunstancias ajenas a la culpabilidad del autor por el hecho (Dubber 2002). Se cuestiona asimismo la perniciosa influencia de elementos de carácter emocional en el proceso de determinación de la pena y, por parte de algunos críticos se rechaza todo aquello que suponga reconocer que el delito es esencialmente una ofensa las víctimas y no contra el Estado (Ashworth 1993).

Esta controversia se ha reflejado en los EUA en los pronunciamientos de la Corte Suprema recaídos tras las diversas leyes federales que habían desarrollado los derechos de las víctimas, en 1982, 1984 y posteriormente en 1990 y 1994. En el caso *Both v. Maryland* (1987) se apreció por mayoría que el VIS supuso una vulneración del principio de proporcionalidad, al haberse adoptado como criterio para la fijación de la pena la gravedad del impacto en la víctima y no la gravedad del delito, lo cual se consideró que infringía la 8ª enmienda de la Constitución. Análogo criterio se sostuvo en el caso *Gathers v. South Carolina* (1989) (Eisenberg *et al.* 2003). Sin embargo en *Payne v. Tennessee* (1991) la Corte, también por mayoría, sostuvo la constitucionalidad del VIS. Uno de los argumentos esgrimidos en el primer caso por parte de la mayoría del tribunal fue que las declaraciones de las víctimas habían introducido elementos de emocionalidad que impidieron al Jurado decidir rectamente a partir de las pruebas sobre el delito y sobre el reproche que merecía la conducta del acusado. Se acudió también al principio del debido proceso (*due process*) de la 14ª enmienda, dado que al haber sido oída la víctima con anterioridad al veredicto no se respetó la prioridad que deben tener los derechos del imputado. De la jurisprudencia de la Corte Suprema no cabe derivar en todo caso una posición general favorable o contraria a los VIS sino que la compatibilidad entre éstos y los principios y derechos constitucionales dependerá del modo en que los mismos han sido aportados al proceso y valorados por el tribunal sentenciador (Myers y Greene 2004). En todo caso, debe tenerse en cuenta una cuestión de relevancia constitucional que plantean los VIS: la valoración del impacto del delito en la víctima remite a la problemática de la “víctima ideal”, pues existe el

riesgo de que los jueces consideren más grave el hecho cuanto más se aproxime el perfil y el comportamiento del ofendido al ideal de víctima inocente, pasiva y sufriente. Tal práctica diferenciadora podría ser considerada discriminatoria y por lo tanto contraria al principio de igualdad, no sólo en relación con la desigual protección recibida por las víctimas sino también por el desigual trato punitivo dispensado a los ofensores, que recibirían mayor o menor pena en función de circunstancias de la víctima que pueden ser ajenas a su capacidad de previsión y a la motivación de su conducta.

En lo que concierne a estudios empíricos, Roberts y Manikis (2012), a partir de una revisión de los datos de una encuesta elaborada por el Ministerio británico de Justicia, concluyeron que menos de la mitad de las víctimas (42%) afirmaron que se les había ofrecido la oportunidad de hacer una declaración de impacto (VIS) en el período entre 2007 y 2010. De las víctimas encuestadas, un 45% respondieron explícitamente que no habían recibido tal ofrecimiento. Por otra parte, en cuanto a los beneficios que los VIS aportan a las víctimas, Erez, Roeger y Morgan (1997) indagaron en qué medida estos incidentes procesales repercutían en una mayor satisfacción de las víctimas con la justicia, en términos de justicia procedimental. El estudio sugiere la existencia de posibles efectos negativos en las víctimas, dada la dificultad de satisfacer las expectativas que generan. Asimismo De Mesmaecker (2012) advierte, a partir de los resultados de diversos estudios, que las víctimas pueden sentirse en muchas ocasiones inseguras e incómodas ante la posibilidad de emitir una declaración de impacto, dado que no tienen la certeza y el control respecto a qué beneficios pueden obtener con ello. Concretamente en relación con los procedimientos por abuso sexual infantil se han detectado dificultades para que las declaraciones de impacto puedan conseguir sus objetivos en favor del bienestar de las víctimas (Shackel 2011). Todo ello podría reforzar la idea de que los VIS “no funcionan” (Sanders *et al.* 2001), contradicha por otros estudios que han concluido que pueden funcionar y funcionan para aquellos que se preocupan de efectuarlos (Chalmers *et al.* 2007). En un estudio longitudinal Lens *et al.* (2014) observaron que el estado psicológico de las víctimas desempeñaba un papel muy relevante en la decisión de suscribir una declaración de impacto, pues eran más proclives a hacerlo las víctimas con mayores niveles de ansiedad. Según este estudio, el hecho de emitir la declaración no aportó efectos terapéuticos a las víctimas que lo hicieron, pues no se redujo su rabia y ansiedad, pero estas emociones sí se redujeron en aquellas víctimas que percibieron una experiencia de haber recibido un trato justo en el proceso, en términos de justicia procedimental.

La investigación sobre los efectos reales de los VIS en las sentencias ha aportado resultados contradictorios. Un estudio de Gordon y Brodsky (2007) en los EUA reveló que la presencia de VIS en casos con pena capital no necesariamente tenía una influencia mayor que las circunstancias agravantes o

atenuantes. Así, frente a la presunción muy extendida según la cual los VIS conducen a sentencias más duras, los participantes en el estudio se mostraron más dispuestos a reconocer efectos atenuantes a circunstancias como el retraso mental, una enfermedad mental o haber padecido el acusado abuso sexual infantil que a la acreditación de graves efectos para las víctimas derivados del hecho delictivo. Por otra parte, Boppre y Miller (2014) en un estudio con jurados simulados sobre un caso con pena de muerte concluyeron que el sentido de los veredictos no se veía afectado por los VIS ni por las declaraciones sobre el impacto de la ejecución (...), aunque aquellas incrementaban emociones negativas y éstas positivas en los participantes.

Por el contrario, en un estudio experimental de psicología social. Nadler y Rose (2003) hallaron que los VIS tenían efecto en las sentencias y además los autores defendieron que así debía ser, emitiendo recomendaciones para evitar que los jueces incurrieran en arbitrariedad. Para el experimento se dividió a los participantes en tres grupos, que tenían que decidir la pena justa en casos de robo violento y de robo en domicilio, teniendo en cuenta que los hechos delictivos hubieran tenido un alto impacto emocional (los del primer grupo) o un impacto emocional moderado bajo (los del segundo grupo), con un tercer grupo control al que no se le suministraba ninguna información sobre el impacto emocional. En el caso de robo en domicilio la prisión media asignada contando con un impacto emocional alto fue de 4,4 años, frente a 2,7 años en el supuesto de bajo impacto. En el caso de robo violento resultó una diferencia similar entre los dos grupos: 4.8 años en el supuesto de daño emocional grave y 3.1 años en impacto emocional bajo. En coherencia con lo anterior, el porcentaje de participantes que calificaban como muy grave el delito era mayor en el grupo que valoró el supuesto con alto impacto emocional. Los autores consideran que los resultados son coherentes desde la perspectiva la psicología del castigo, ya que el daño opera como un heurístico que nos ayuda a interpretar los hechos en ausencia de mejor información.

Otros estudios de psicología social han incidido sobre el efecto que provoca en las personas la percepción sobre la gravedad del hecho delictivo y sobre las consecuencias del mismo en la víctima. Lens *et al.* (2017) han examinado la influencia que la antijuridicidad del hecho delictivo (*wrongfulness*) y el daño causado en la víctima (*harmfulness*) ejercen sobre la reacción que el delito provoca en las personas en relación con la respuesta social frente al infractor y frente a la víctima. Mediante un estudio experimental en que participaron 214 estudiantes universitarios se confirmaron las dos hipótesis planteadas por los autores: las percepciones respecto al infractor y al resultado del proceso penal estaban más condicionadas por la gravedad del delito que por el daño provocado por el mismo. Sin embargo, los juicios sociales respecto a la víctima estaban influenciados tanto por la gravedad del delito como por el daño causado en

ésta. Los resultados son interpretados por los autores como una refutación de la idea de que las declaraciones de impacto pueden llevar a violar el principio de proporcionalidad.

3. El daño moral y el daño psíquico

Es práctica habitual de los Tribunales en el orden penal atribuir una indemnización por daño moral a las víctimas de abuso sexual u otros delitos sexuales contra menores. Esta forma de responsabilidad civil existe, con variaciones significativas, en diversos sistemas jurídicos (*pretium doloris*, *not pecuniary Loss*, *pain and suffering*, *Schmerzensgeld*) aunque su fundamento es discutido. Conceptualmente es un daño de carácter extrapatrimonial, que no tiene efectos directos ni indirectos sobre el patrimonio de la persona perjudicada. Por ello su cuantificación es siempre problemática y no admite ser sometida fácilmente a baremos. Según Barrientos (2008) la cuantía de la indemnización por daño moral corresponde al “grado de dificultad objetiva de la superación del daño en relación a las características individuales de la persona víctima del daño bajo el criterio de un hombre medio”, por lo cual “la predisposición del ofendido al dolor resulta del todo irrelevante”. El autor advierte que no es sólo el dolor lo indemnizable, pues el dolor es la forma como resulta afectada la persona, pero “la pérdida de agrados o amenidades es también una manifestación del menoscabo que supone un daño extrapatrimonial”.

Una de las críticas frecuentes en la doctrina jurídica especializada es la tendencia en que incurren a veces los tribunales a desnaturalizar el daño moral (Pantaleón 1989), al introducirse en la valoración elementos de carácter patrimonial, como los gastos de tratamiento psicológico o la pérdida de oportunidades de obtención de ingresos (Cavanillas 2006). Precisamente por su carácter extrapatrimonial ha sido a veces cuestionado el concepto en sí, la pretensión de compensar en dinero algo esencialmente no cuantificable ni reparable económicamente. Como justificación de la idea de *pretium doloris* se ha alegado que la indemnización simplemente quiere dar a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios que puedan atenuar o compensar el dolor o la pérdida sentida, pues el dinero no reemplaza la aflicción (Barrientos 2009). Desde el análisis económico del Derecho Gómez Pomar (2000) ha advertido que el daño moral implica una reducción del nivel de utilidad que el dinero no puede llegar a compensar, pues para la víctima las cosas nunca volverán a ser como antes de que ocurriera el evento traumático. Este autor recuerda que no se indemniza daños morales cuando se condena a pagar el coste del tratamiento psicológico, médico o farmacológico, pues aunque la terapia consiga restaurar el bienestar psíquico de la víctima, a ésta no le resulta indiferente haber padecido

el daño que no haberlo sufrido: “La noción de daño moral se refiere precisamente a esta diferencia de utilidad entre ambos estados del mundo” (Gómez Pomar 2000). En todo caso, según el autor, la posición de los tribunales de conceder indemnizaciones por daño moral en los delitos sexuales debe entenderse como una consecuencia de que en general en esta clase de delitos los daños patrimoniales son reducidos.

Además de las críticas de carácter ético-jurídico, la idea de daño moral podría ser considerada una reminiscencia de un tiempo anterior al nacimiento de la victimología e incluso de la psicología científica, en que no había la posibilidad de aportar al proceso penal una evaluación pericial del impacto psíquico del hecho sobre la víctima. En este sentido, desde la psicología jurídica se ha concebido a veces el daño moral como el modo de denominar legalmente al daño psíquico (Arce y Fariña 2007). Estos autores han señalado que el trastorno de estrés post-traumático es el referente directo de la evaluación psicológica forense, de tal modo que si no se acredita la concurrencia de este síndrome no puede concluirse que haya daño moral. Sin embargo, los tribunales tienden de modo creciente a trazar una distinción entre daño psíquico y daño moral, lo cual, como se verá, no es tarea fácil y sus pronunciamientos y razonamientos jurídicos no están exentos de contradicciones. La distinción entre daño psíquico y daño moral ha cobrado fuerza a partir de la importante modificación que ha supuesto en España la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, por la que se aprueba un nuevo baremo para la valoración de los daños sufridos por víctimas de accidentes de tráfico. Dada el efecto irradiante que el anterior baremo ha tenido en la jurisprudencia más allá de este ámbito, cabe esperar que la categorización efectuada de las diversas lesiones y secuelas psíquicas afecte a la valoración de otras formas de victimización, como la que aquí nos ocupa. Como han señalado Esbec y Echeburúa (2015), a partir del nuevo baremo se consolida el espacio específico que ocupa el daño moral, que estos autores vinculan a un sentimiento subjetivo cuya valoración corresponde al juez, que debe tener en cuenta la dignidad vejada y el significado espiritual, de modo que la indemnización “trata de mitigar la frustración, quebranto o ruptura de lazos o afectos”. El baremo contiene referencias a aspectos específicos vinculados al daño moral como la pérdida de calidad de vida o el perjuicio estético. La diferenciación entre daño moral y daño psíquico es reconocida también en otros sistemas jurídicos y ha sido defendida por Holder y Daly (2017) sobre bases empíricas, a partir de una serie de entrevistas a víctimas de delitos sexuales en Australia para conocer en qué habían gastado la indemnización recibida. Según este estudio, es importante transmitir a las víctimas la idea de que la indemnización por daño moral es más un reconocimiento simbólico del hecho injusto que una compensación por el perjuicio sufrido.

Otra limitación, inherente al mecanismo jurídico de la responsabilidad civil, es la subsidiariedad. A diferencia de lo que es propio de la responsabilidad

penal, el derecho a indemnización puede quedar condicionado a que no haya otros perjudicados preferentes, como sucede entre los familiares de la víctima directa. La lógica de este mecanismo es contraria al concepto de victimización, acuñado por la victimología, dentro del cual se reconoce la victimización indirecta. Carece de sentido victimológico que alguien reciba una indemnización porque no hay otra persona que haya sufrido más daño que él y no propiamente por el daño que él ha sufrido. Responde también a esta lógica de la subsidiariedad, que a lo sumo podría tener un sentido económico en los derechos de carácter prestacional (gestión de recursos públicos limitados), la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima, que introduce el término “personas allegadas” como posibles titulares de derechos.

Además un problema importante del daño moral es el de la prueba. En esta problemática se situaría, según ciertos autores, el origen de la disparidad y los riesgos de arbitrariedad y para la seguridad jurídica (Cárdenas 2007). Dada su naturaleza, tiende a administrarse de modo que el daño se presume salvo prueba en contrario. La jurisprudencia asume que el daño moral rara vez es objeto de prueba directa. No se exigen informes psicológicos, ni prueba testifical de que una persona ha sufrido una afectación, sino que se parte de que hay sentimientos ante ciertos acontecimientos vitales que son comunes a todas las personas. Ante ello la doctrina advierte que la Ley obliga a los jueces a explicitar los razonamientos en que fundamentan sus decisiones y que éstos deben tener presente que lo que se indemniza es el daño sufrido por una concreta víctima y ello no puede hacerse mediante un automatismo análogo al pago de un seguro de vida (Cárdenas 2007).

Lo anterior lleva al otro gran problema del daño moral, el de su cuantificación. Los jueces disponen de gran discrecionalidad, casi sólo limitada, en la práctica, por la petición efectuada por la parte acusadora o por el actor civil, aunque tienen el deber de motivar las bases de la fijación de la indemnización (STC 247/2006, de 24 de julio), lo cual en general efectúan de modo escueto, con serias discordancias entre sentencias e incluso diversidad de líneas jurisprudenciales (Cavanillas 2006).

Buena parte de las reflexiones que la doctrina jurídica ha efectuado sobre el daño moral se ha basado en casos de homicidio (respecto a víctimas indirectas) y lesiones. Los delitos sexuales han recibido menos atención y apenas se han estudiado las peculiaridades de la victimización sexual de menores. La definición del daño indemnizable en un delito sexual ha estado siempre condicionada socialmente. Así, según la concepción machista imperante hasta hace pocos años el interés primordial que debía considerarse era la pérdida del valor de mercado de la mujer violada o estuprada. Una vez superada esta concepción y al definirse la libertad sexual o la indemnidad sexual de los menores como

bien jurídico protegido se plantean dudas que no han sido suficientemente aclaradas. No resulta aceptable interpretar el daño principalmente en términos de pérdida de oportunidad, pues ello está vinculado al lucro cesante, que es un daño patrimonial. Como ya se ha expuesto, tampoco cabe considerar la pérdida de ingresos, los gastos médicos o de tratamiento psicológico, pero cabe plantear si pueden serlo, en el caso de víctimas menores, las posibles secuelas a corto y a largo plazo, que pueden llegar hasta la vida adulta, aunque en este caso difícilmente podrá evitarse proceder mediante presunciones, a menos que un informe pericial permita emitir un juicio pronóstico que tenga en cuenta las características del hecho y de la víctima.

No pueden olvidarse, por último, las peculiaridades propias de la victimización intrafamiliar, de tan elevada incidencia en el abuso sexual infantil. Cuando los abusadores son los propios padres o representantes de los intereses de los menores los beneficios que puede aportar una indemnización a favor del menor pueden ser muy relativos, incluso si se adoptan precauciones como la constitución de un depósito del que tan sólo la víctima pueda disponer una vez alcanzada la mayoría de edad, tal como en ocasiones disponen los tribunales.

4. Una revisión de la jurisprudencia

Un análisis de la jurisprudencia de la Sala penal del Tribunal Supremo (TS) en España permite constatar un creciente esfuerzo por diferenciar el daño moral del daño psíquico sufrido por las víctimas de abuso sexual. Esta distinción puede encontrarse ya en la STS 1212/2006, de 11 de septiembre, en un caso de abusos sexuales continuados cuando la víctima tenía entre 7 y 15 años, que le provocaron un trastorno por depresión. Más recientemente, en la STS 434/2017, de 15 de junio, se afirma que el daño moral “resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación la víctima. En consecuencia, como indica la STS 702/2013, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de diciembre), siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad”. También se advierte en algunas sentencias que no es necesario que exista ningún informe pericial (STS 733/2016, de 5 de octubre).

Con cierta frecuencia en casos de víctimas de corta edad el Tribunal declara que no hay constancia de los efectos del abuso. Así, por ejemplo, en la STS 697/2006, de 26 de junio, en un caso de una niña de tres años que fue conminada a realizar una felación, se afirma en la descripción de los hechos que “no consta le hayan quedado secuelas restantes a consecuencia de tales hechos”.

En la STS 957/2016, de 19 de diciembre, se resolvió un caso de tocamientos breves a dos menores, muy elementales y espaciados en el tiempo. La defensa solicitó una minoración en la indemnización por daños morales, atendiendo a que no se había probado que las niñas hubieran sufrido ningún tipo de daño ni físico ni psíquico, pues incluso el informe forense indicaba que las niñas manifestaban no tener miedo y que hacían vida normal sin ningún tipo de secuela. El TS concluye que pese a la falta de sintomatología asociada al hecho, “les produjo sin duda un sufrimiento, un sentimiento de indignidad, lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria”, y fija la indemnización en 4.000 y 2.000 euros respecto de cada menor.

Por otra parte, respecto a la prueba del daño moral, es doctrina constante del TS, tanto de la Sala penal como de la civil, que el mismo “no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria” o “cuando resulte evidenciado como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado” (SSTS Sala Civil de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007 y SSTS Sala Penal 489/2014 de 10 de junio, y la 231/2015, de 22 de abril SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero). Asimismo en relación con la motivación el TS en general confirma los pronunciamientos de los tribunales y no cuestiona la parquedad de sus razonamientos respecto a la existencia de daño moral y a su cuantificación, como por ejemplo en la STS 733/2016, de 5 de octubre: “Es notorio que mantener contactos sexuales de esta forma con adolescentes ocasiona un negativo impacto psíquico. Verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia”.

Tras una revisión de estas y otras sentencias del TS, las diferencias existentes en las cantidades fijadas en concepto de daño moral por abusos sexuales cabe atribuir las a la concurrencia de tres factores, que aparecen asociados a cantidades más elevadas: la existencia de sintomatología propia de un trastorno psíquico, el carácter continuado de los abusos y la concurrencia de los abusos con otros delitos, como pornografía o prostitución. Todo ello, claro está, dentro de los límites de la petición que efectúen las partes y sin excluir que en muchos casos las diferencias son difícilmente explicables mediante criterios generalizables.

Un ejemplo de lo indicado se encuentra en la STS 733/2016, de 5 de octubre. En este caso el abusador, policía local, mantuvo relaciones con varios menores de entre 14 y 16 años, todos ellos de justicia juvenil, cuya voluntad captó prometiendo influir en sus asuntos judiciales y otra clase de favores, y les pagó para tener relaciones sexuales continuadas. La sentencia declara que

algunos de los menores no habían sufrido consecuencias psíquicas, pero tres de ellos sí. El acusado fue condenado por diversos delitos continuados de abuso sexual y prostitución de menores y a pagar a las víctimas cantidades comprendidas entre 6.000 y 15.000 euros por daños morales y a dos de ellos, a 6.000 y 30.000 euros por daños psíquicos, sumados a la indemnización por el daño moral. En el primero de estos dos casos el menor presentaba sintomatología ansioso-depresiva, aunque existían factores preexistentes y de tipo premórbido en su trayectoria vital, mientras que en el segundo se había apreciado trastorno por estrés postraumático con problemas cognitivos y de ansiedad. Los menores que sólo habían sido prostituidos pero no abusados fueron indemnizados por daño moral en 1.000 euros.

Como muestra de una elevada indemnización cabe citar la STS 28/2015, de 22 de enero, en que se condena al acusado por un delito continuado de agresión sexual a una menor cuando ésta tenía entre 4 y 11 años, con un posterior episodio de trato degradante a los 16. La indemnización por daño moral se fijó en 60.000. En este caso se probó mediante las periciales médico forense y psicológica que la víctima había sufrido “un importante perjuicio psicológico en el desarrollo de su personalidad necesitando tratamiento psicológico y psiquiátrico, habiendo sido diagnosticada de trastorno por estrés postraumático y trastorno depresivo y que incluso en la actualidad precisa de numerosos periodos de baja laboral tal como relató su médico de cabecera”.

Asimismo en la STS 786/2015, de 4 de diciembre, se condenó por delito continuado de abuso sexual de menores de 13 años y por pornografía infantil a una mujer que había abusado sexualmente de sus dos hijas de 8 y 5 años, de modo continuado, y tras grabar ella misma las escenas enviaba las imágenes a otro acusado. Ambos fueron condenados a satisfacer una indemnización de 50.000 euros en favor de cada niña, valorando el tribunal la afectación que suponía para las víctimas la difusión de las imágenes sexuales.

Un ejemplo de no acreditación de daños psíquicos más allá del daño moral es la STS 988/2013, de 23 de diciembre, que confirma la condena por abusos sexuales continuados contra una menor que tenía de 6 a 9 años al tiempo de los hechos. El Tribunal apreció la atenuante de reparación y fijó una indemnización de 15.000 euros. Frente a la alegación de que no se había probado la existencia de daños psíquicos, sostuvo que la cantidad se fijaba “atendiendo a los perjuicios de todo orden que se han podido ocasionar a la menor por los abusos de que fue objeto, sobre todo en el orden moral, especialmente las alteraciones en su estado de ánimo que le influyen en su desarrollo diario”. En la fundamentación de la sentencia se rechazó la asociación que pretendía efectuar la defensa entre la indemnización por daño moral y la existencia de una patología psíquica como secuela: “Llevando a las últimas consecuencias su razona-

miento, habríamos de concluir que el carácter estable de una niña víctima de una agresión sexual debería despojarla de cualquier derecho a indemnización. La niña estable, en fin, no podría sufrir un daño moral. No es éste, sin embargo, el significado del daño moral en la jurisprudencia de esta Sala”.

Un caso singular es el de la STS 830/2013, de 7 de noviembre, en que se condenó al acusado (pareja de la madre de la menor víctima) por abuso sexual y pornografía de menores. La singularidad del caso reside en que además de 15.000 euros de indemnización a favor de la víctima directa el Tribunal obligó al acusado a pagar una indemnización de 6.000 por daño moral a la madre de la menor, que había ejercido la acusación particular, como víctima indirecta. En relación con la menor, en la sentencia se justifica la cantidad en la afectación a la libertad sexual y además en el ataque a su intimidad mediante la toma de fotografías y la obligación de hacerle visionar videos de contenido pornográfico. En cuanto a la madre de la niña, el tribunal reconoce que no se vio afectada en su libertad sexual pero que al tener conocimiento de los abusos y descubrir las fotografías que su pareja había tomado a su hija sufrió un daño moral dada la relación afectiva que le unía al acusado.

Por otra parte en la STS 301/2016, de 12 de abril, se condenó por abuso sexual a menores de 13 años (art. 183 CPE) a un hombre adulto que mantuvo contacto con una niña de 10 años mediante una cuenta de *Facebook* durante varios días, con conversaciones acompañadas de imágenes mediante *webcam* de carácter sexual, sin que ambos llegaran a tener ningún encuentro presencial. La indemnización impuesta al culpable por concepto de daño moral fue de 3.000 euros.

En la STS 864/2015, de 10 diciembre, por delitos sexuales contra tres menores, se impuso una indemnización de 1.000 euros por una conducta de exhibicionismo a través de Internet. En relación con otra víctima, de 7 años, a quien además el acusado llegó a realizar tocamientos bajo intimidación (hecho calificado de agresión sexual), la misma sentencia fijó el daño moral en 6.000 euros. Los mismos hechos cometidos respecto a una tercera víctima, de 15 años de edad, dieron lugar tan sólo a una indemnización de 1.000.

Una muestra del razonamiento presuntivo con que opera la jurisprudencia respecto a la valoración del daño moral se encuentra en un caso de abusos sexuales cometidos mientras las víctimas estaban dormidas. En la STS 988/2016, de 11 de enero de 2017, condenatoria por abuso sexual de menores y pornografía infantil, se reconoce que no había constancia de que, como consecuencia de los abusos, los menores hubieran sufrido “trastornos, menoscabos o alteraciones patológicas, adaptativas o psicológicas”, ni tampoco “una afectación de su adecuado y normal proceso de formación y aprendizaje sexual en el libre desarrollo de su personalidad”. Ello puede justificar que el daño moral se fijara

en este caso en tan sólo 1.000 euros para cada uno de los doce niños abusados, aunque sorprende tan baja cantidad si se tiene en cuenta las elevadas penas impuestas (4 años de prisión por los abusos sexuales de menores de 13 años y 5 por el delito de pornografía), el razonamiento del Tribunal y el impacto de la posible difusión del material audiovisual: “La actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de los menores mientras éstos dormían, afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen o, en cualquier caso, les dejaran recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso”. En cuanto al delito de pornografía (art. 189-1 CPE), el tribunal afirmó que “ los menores eran víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad, y sumisión sexual, pudiesen ser reproducidas indefinidamente por y ante cualquiera.”

5. Estudio empírico sobre sentencias

En un estudio empírico de la totalidad de los casos de delitos sexuales contra menores de edad juzgados y sentenciados por las Audiencias provinciales españolas, actuando como sala de única instancia, entre 2011 y 2014 (n: 2.345), se efectuó un análisis estadístico de los datos extraídos de las sentencias a partir de una selección de variables dependientes e independientes. En la mayor parte de casos (77%) se había dictado una sentencia condenatoria y en un 90% de éstas se había impuesto pena de prisión. El estudio recogió información respecto a si se había hecho constar en la declaración de hechos probados de la sentencia el impacto físico, psíquico o emocional del delito en la víctima. La distinción entre impacto psíquico y emocional se efectuó atendiendo a si se había referencia a algún trastorno o categoría diagnóstica, en cuyo caso se registraba como caso con impacto psíquico declarado. También se cuantificaron los casos en que constaba algún razonamiento que vinculara la determinación de la pena al impacto físico, psíquico o emocional del delito en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Los resultados fueron que en 195 casos (un 10,8% del total con sentencia condenatoria) la declaración de hechos probados contenía una referencia al impacto físico del hecho en la víctima. La existencia de impacto psíquico fue constatada en 387 (un 21,4%), y el impacto emocional en 348 (un 19,2%). Tan sólo en 7 casos se hizo constar impacto material. En cuanto a la valoración de las circunstancias tenidas en consideración para la determinación de la pena en la fundamentación de la sentencia, la mayor parte de resoluciones condenatorias no realizaron ninguna alusión a las mismas (87,6%).

En un 4,4% de casos el tribunal declaró que tuvo en cuenta el impacto del hecho en la víctima para agravar la pena, en un 5,5% declaró que el escaso impacto debía valorarse como criterio para moderar la pena impuesta y en un 2,5% se hizo constar que los efectos del hecho en la víctima no se tenían en cuenta para agravar ni para atenuar.

El estudio reveló que la referencia al impacto sobre la víctima en la declaración de hechos probados incrementaba significativamente la probabilidad de condena. Se efectuó un análisis de regresión lineal múltiple respecto a los casos de agresión y abuso sexual, al objeto de conocer cómo operaban los tribunales respecto a este grupo más homogéneo de delitos (n: 959). Según este análisis, la declaración de impacto psíquico o emocional resultó tener un fuerte efecto sobre la tasa de condena, superior a la declaración de impacto físico. Asimismo el impacto psíquico incide de forma estadísticamente significativa en un aumento de la pena de prisión (8,6 y 8,4 meses respectivamente). Sin embargo, los coeficientes del reconocimiento de impacto emocional y del impacto material son menores y no significativos estadísticamente. También se halló una asociación estadísticamente significativa entre los casos en que en la fundamentación jurídica de la sentencia se hacía constar que el impacto del hecho tenía un efecto agravatorio y la pena de prisión efectivamente impuesta, con un aumento de la media de 15,8 meses. Consecuentemente, en aquellos casos en que el tribunal declaró que el escaso impacto debía valorarse como un criterio de moderación o atenuación de la pena, la media de pena fue inferior (en 6,2 meses), aunque la diferencia no es significativa estadísticamente.

En un 56,3% del total de casos enjuiciados (que representaba un 73,1% de los casos con pronunciamiento condenatorio) se dictó condena civil por vía de responsabilidad directa, y en un 7,1% (9,2% respecto al total de casos con condena) se impuso responsabilidad civil subsidiaria a un tercero. La responsabilidad civil consistió en indemnización por daños morales en un 70,2% de los casos con sentencia condenatoria, en indemnización por daño físico en un 3,6% y tan sólo en 6 casos (0,3%) el Tribunal impuso una reparación de perjuicios materiales. La cuantía media de las indemnizaciones fue de 13.534,8 euros, con una desviación de 22.692,6 (n: 1316). Ello confirma la apreciación realizada en la revisión de jurisprudencia, respecto a la previsibilidad de las cuantías fijadas, teniendo en cuenta que en la mayor parte de casos enjuiciados no se aprecian perjuicios indemnizables más allá del puro daño moral.

El análisis multivariante sobre los casos de abusos y agresiones sexuales (n:959) permitió hallar diferencias significativas entre las diversas figuras delictivas, con un importe predicho de 4.964 euros en los delitos de abuso sexual no agravado (con intervalo de confianza entre 4.372 y 5.635), 6.245 euros en las agresiones y abusos del art. 183 CPE (IC 5.393 - 7.232 euros), 14.133 en los

abusos sexuales agravados (IC 11.944 - 16.722) y 9.057 euros en las agresiones sexuales agravadas (IC 7.914 - 10.366). Los resultados responden en general a la expectativa, según la cual los delitos más graves generan consecuencias más graves en la víctima que se reflejan en indemnizaciones más elevadas, aunque como excepción las agresiones sexuales agravadas dan lugar a menores indemnizaciones que los abusos sexuales agravados, de modo inverso a lo que sucede con la duración de las penas de prisión.

Otra variable estudiada fue la intervención de acusación particular en el proceso, que tuvo lugar en un 47% de casos y mostró tener una influencia estadísticamente significativa sobre la tasa de condena y sobre la pena, así como en las cuantías indemnizatorias. En el estudio multinomial con la muestra de agresiones y abusos sexuales, la probabilidad de condena resultó ser de un 74% (con un intervalo de confianza al 95% n.c. entre 71 y 78%), frente a un 63% (IC al 95% n.c. entre 60 y 67%) en los casos en que tan sólo hubo acusación pública. En cuanto a las penas de prisión la participación de la acusación privada tuvo como consecuencia una duración media superior en 1,8 meses, en comparación con los casos impulsados sólo por la acusación pública. Los resultados son estadísticamente significativos en la muestra de agresiones y abusos sexuales. En cuanto a la responsabilidad civil, la presencia de acusación particular permite predecir la imposición de indemnizaciones con una cuantía predicha de 8.360 euros (IC 95% n.c. entre 7.719 y 9.054) en lugar del valor predicho de 6.330 euros en los casos en que la pretensión fue sostenida sólo por el Ministerio Fiscal (IC 95% n.c. entre 5.764 y 6.950). En ambos casos los resultados confirmaron las expectativas, aunque las diferencias del dinero obtenido por las víctimas cuando ejercieron la acusación particular en comparación con los casos en que no lo hicieron fueron poco elevadas.

El estudio mostró diferencias significativas entre comunidades autónomas, siendo los tribunales del País Vasco, Navarra, Murcia y Galicia los que conceden cantidades más elevadas y Baleares y Cantabria las que acordaron indemnizaciones más reducidas. Las seis comunidades citadas han presentado diferencias significativas con Andalucía, que ha sido la variable de referencia. Las diferencias territoriales son poco acusadas en lo monetario, aunque con algunas diferencias estadísticamente significativas. Así, el País Vasco, Navarra y La Rioja tienden a establecer cantidades más elevadas (entre 9.384 y 9.525 euros), destacando por el contrario Cantabria, Baleares y Aragón por presentar las cuantías medias más reducidas (entre 7.935 y 8.484 euros). Estas diferencias no pueden explicarse en función de los niveles de renta per cápita de los territorios, pues son menos acusadas que las diferencias en los niveles medios de renta entre comunidades.

6. Conclusiones

Son bien conocidas las dificultades existentes a la hora de valorar el impacto psíquico de los abusos sexuales de menores en la práctica forense. Pese a la mejoría de los instrumentos de evaluación, en muchas ocasiones los procesos penales por estos delitos se hacen sin una adecuada prueba pericial y, en los casos en que la misma se lleva a cabo en condiciones adecuadas, se debe hacer frente al problema de qué incidencia debe tener el resultado de la evaluación en la sentencia. El estudio ha mostrado que en España los tribunales en general no atribuyen relevancia al impacto del hecho en la víctima en la determinación de la pena de modo explícito pero hay indicios de que la constatación de un impacto psíquico categorizado según criterios diagnósticos de carácter técnico es tenida en cuenta por los tribunales, de modo consciente o no, para agravar la pena. Ello no debería sorprender si se tiene en cuenta que para el sistema penal el resultado es relevante, como muestra la diferencia punitiva entre el delito consumado y la tentativa (incluso acabada), y que en el abuso sexual infantil la medida del impacto psíquico del delito permite graduar la afectación al bien jurídico protegido y por lo tanto el contenido de injusto del hecho. Contra esta conclusión podrá alegarse que en la mayor parte de casos los informes de impacto ilustran sobre respuestas de la víctima que están en gran medida determinadas por factores ajenos a la capacidad de previsión y de control del autor, en un grado no comparable a la posibilidad de previsión del riesgo inherente a una agresión física, sin que pueda descartarse, no obstante, la posible existencia de supuestos en que el abusador conozca condiciones de vulnerabilidad de la víctima. La valoración del impacto psíquico del abuso en la víctima en la determinación judicial de la pena es expresión de una racionalidad jurídica que no resulta contraria a los principios de proporcionalidad e igualdad, si los tribunales fundamentan su valoración en la existencia de un informe técnico que permita probar el impacto del hecho en la víctima. Sin embargo, no puede olvidarse que ante el problema que supone la rigidez de los marcos penales previstos en el CPE, con penas mínimas muy elevadas (especialmente a partir de las reformas de 2010 y 2015), existe el riesgo de que aceptar la valoración del impacto del delito tienda a favorecer más las valoraciones en sentido agravante que en sentido atenuante.

Se ha constatado que constituye una práctica generalizada en los tribunales españoles la imposición de indemnizaciones por concepto de daño moral, bien sea por su desvinculación de la concurrencia de un daño psíquico diagnosticado o bajo el presupuesto de que una tal indemnización compensa, al menos parcialmente, los efectos psíquicos que se presumen en todo abuso sexual infantil. Ello es coherente con la tendencia a aumentar las asignaciones en los casos en que puede acreditarse el alcance del impacto. Se ha podido

confirmar también la relevancia que en la práctica tiene la acusación particular como principal mecanismo a disposición de las víctimas para defender sus intereses. Dado el problema que representa esta institución desde el punto de vista del principio de igualdad es necesario que se hagan esfuerzos a fin de que, a partir de la implantación de la Ley 4/2015 del estatuto jurídico de la víctima, que ha introducido los informes de evaluación de las necesidades especiales de las víctimas, se desarrollen prácticas que favorezcan una generalización de los informes técnicos de impacto, y que los tribunales se muestren progresivamente más receptivos en orden a valorar los efectos del delito en la víctima y fundamentar la pena impuesta en esta valoración.

La experiencia de los VIS en los países anglosajones muestra que no es prudente esperar efectos positivos automáticos de las reformas legales concebidas para favorecer a las víctimas y de los riesgos de defraudación de expectativas. En España cabe lamentar que el Estatuto jurídico de la víctima no haya previsto explícitamente que las evaluaciones individuales de las víctimas incluyan un informe técnico sobre el impacto del hecho, que pueda luego ser tenido en cuenta por el tribunal sentenciador, o que se haya tenido en cuenta la singularidad de las víctimas de abuso sexual infantil, ofreciendo a las mismas un mecanismo que permita aportar pruebas sobre el impacto del hecho en el proceso penal con independencia de su situación económica, tanto si éste tiene lugar cuando son todavía menores o cuando ya han alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, en ausencia de una previsión legal cabe desarrollar buenas prácticas basadas en acuerdos entre el Poder judicial, Fiscalía y las administraciones responsables de los equipos técnicos de apoyo a la Administración de justicia a fin de que pueda generalizarse la realización de informes técnicos por parte de profesionales con una debida especialización victimológica y que tales informes sean solicitados y luego tenidos en cuenta por los tribunales.

7. Bibliografía

- Arce, R., Fariña, F. (2007), “¿Cómo evaluar el daño moral como consecuencia de accidentes de tráfico: validación de un protocolo de medida”, *Papeles del Psicólogo*, 2007. Vol. 28(3), pp. 205–210.
- Ashworth (1993), ‘Victim Impact Statements and Sentencing’, *Criminal Law Review*, 1993: pp. 498–509.
- Barrientos Zamorano, M. (2008), “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n.1: pp. 85–106.

- Boppre, B. / Miller, M. (2014), "How Victim and Execution Impact Statements Affect Mock Jurors' Perceptions, Emotions, and Verdicts", *Victims and Offenders*, v. 9 (4)
- Cárdenas Villarreal, H. (2007), "Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización", *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias políticas*, Medellín, 37 (106).
- Cavanillas Múgica (2006), "La motivación judicial de la indemnización por daño moral", *Derecho Privado y Constitución*: pp. 153-172.
- Chalmers, J, Duff, P y Leverick F (2007), "Victim impact statements: Can wiorck, do work (for those who bother to make them)", *Criminal Law Review*: pp. 360-379-
- Cuerda Arnau, M.L. (2017), "Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales de menores", en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*.
- Cantón-Cortés, D.A, y Cortés, R., M (2015), "Consecuencias del abuso sexual infantil: una revisión de las variables intervinientes", *Anales de Psicología*, n. 2: pp. 607-614.
- De la Mata Barranco, N. J. (2017), "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual", *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*".
- De Mesmaecker, V., "Antidotes to injustice? Victim statements' impact on victims' sense of security", *International Review of Victimology*, 18 (2): pp. 133-153.
- Díez Ripollés, J.L., "La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Barcelona 1985
- Doak, J. y O'Mahony, D. (2006), "The Vengeful Victim? Assessing the Attitudes of Victims Participating in Restorative Youth Conferencing", *International Review of Victimology*, v. 13: pp. 157-177.
- Dubber M. D. (2002), "Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights", New York: New York University Press.
- Echeburúa. E. y De Corral, P (2006), "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", *Cuadernos de Medicina Forense*: pp. 75-82.
- Eisenberg, T., Garvey, S.P. y Wells, M.T. (2003), "Victim Characteristics and Victim Impact Evidence in South Carolina Capital Cases", *Cornell Law Review*, v. 88 (2)

- Erez (1990) "Victim participation in sentencing: Rhetoric and reality", *Journal of Criminal Justice*, 18: pp. 19-31.
- Erez, E., Roeger, L. y Morgan, F. (1997), "Victim Harm, Impact Statements and Victim Satisfaction with Justice: An Australian Experience", v. 5(1): pp. 37-60.
- Esbec, E. y Echeburúa, E. (2015), "Secuelas psíquicas en víctimas de accidentes de tráfico: un análisis clínico y pericial a la luz del nuevo baremo español de 2015", *Revista española de Medicina Legal*, 41 (4): pp. 212-221.
- Gómez-Guadix, Orue, Smith y Calvete (2013), "Longitudinal and reciprocal relations of cyberbullying with depression, substance use and problematic Internet use among adolescents", *Journal of Adolescent Health*, 53, 446-452.
- Gómez Pomar, F. (2000), "Daño moral", *InDret*, 1.
- Gómez Pomar, F. y Marín García, I. (2017), "El daño moral y su cuantificación", Barcelona: ed. Bosch.
- Gordon, T.M. y Brodsky, S.L. (2007), "The Influence of Victim Impact Statements on Sentencing in Capital Cases", *Journal of Forensic Psychology Practice*, v. 7 (2): pp. 45-52.
- Holder, R.L. y Daly, K. (2017), "Recognition, reconnection and renewal: The meaning of money to sexual assault survivors", *International Review of Victimology*: pp. 1-22.
- Lens, K.M., van Doorn, J., Permberton, A., Lahlah, E. y Bogaerts, S. (2017), "One rule for the goose, one for the gander? Wrongfulness and harmfulness in determining reactions to offenders and victims of crime", *European Journal of Criminology*, 14 (2): pp. 183-199.
- Masip, E. y Garrido, E. (2009), "La evaluación del abuso sexual infantil. Análisis de la validez de las declaraciones del niño", Madrid: ed. Psicología y Educación.
- Myers, B. y Greene, E. (2004), "The prejudicial nature of Victim Impact Statements: Implications for Capital Sentencing Policy", *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 10, n. 4: pp. 492-515.
- Montiel, Carbonell y Pereda (2016), "Multiple online victimization of Spanish adolescents: Results from a community sample", *Child Abuse & Neglect*, 52: pp. 124-127.
- Montiel, I.; Pereda, N. (2017), "Victimización sexual de menores: aproximación teórica y estado actual de la investigación", en Tamarit (coord), *La victi-*

mización sexual de menores y la respuesta del sistema de justicia penal, Buenos Aires / Montevideo / Madrid: ed. Edisofer BdF.

- Morales Prats, F y García Albero, R. (2017), en Quintero Olivares, G. (dir.) “Comentarios al Código penal español”, 7ª ed., Pamplona: ed. Aranzadi.
- Nadler, J. y Rose, M. (2003), “Victim Impact Testimony and the Psychology of Punishment”, *Cornell Law Review*, v. 88 (2).
- Ochoa, J.C. (2013), “The rights of victims in Criminal justice proceedings for serious human rights violations”, Leiden-Boston: ed. Nijhoff Publishers.
- Pantaleón Prieto, A.F. (1989), “La indemnización por causa de lesiones o muerte”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 42 (2): pp. 613-652.
- Pereda, N. (2010), “Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 31 (2): pp. 191-201.
- Pereda, N. y Gallardo-Pujol, D. (2011), “Revisión sistemática de las consecuencias neurobiológicas del abuso sexual infantil”, *Gaceta Sanitaria* 25(3), 233-239.
- Ragués Vallés R. (2011), en Silva Sánchez, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona: ed. Atelier.
- Ramon Ribas, Ed. (2015), “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada”, en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Pamplona: ed. Aranzadi.
- Ramos Vázquez, J.A. (2012), “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. 8: pp. 195-227.
- Roberts, J.V. y Manikis, M. (2012), “Victim personal statements in England and Wales: Latest (and last) trends from the Witness and Victim Experience Survey”: pp. 245-261.
- Ropero Carrasco, J. (2014), en *Estudios penales y criminológicos*, n. 34, pp. 239-240
- Sanders, A., Hoyle, C., Morgan R. y Cape, E. (2001), “Victim Impact Statements: Don’t work, can’t work”, *Criminal Law Review*, 6: pp. 447-458.
- Shackel, R. (2011), “Victim Impact Statements in Child Sexual Assault Cases: A Restorative Role or Restrained Rhetoric?”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 34, No. 1, pp. 211-249.

- Stevens, M. (2000), “Victim Impact Statements considered in Sentencing”, *Berkeley Journal of Criminal Law*, v. 2(1).
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (2014), “Agresiones y abusos sexuales a menores”, en Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Valencia: ed. Tirant lo Blanch.
- Tamarit Sumalla, J. (2002), “La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual”, 2ª ed., Pamplona: ed. Aranzadi.
- Tamarit Sumalla, J. (2015), “Estudio de sentencias: las decisiones judiciales en los casos de victimización sexual de menores” en Tamarit, Villacampa y Serrano, *El estatuto jurídico de las víctimas de delitos*, Valencia: ed. Tirant lo Blanch.
- Tamarit, J, Guardiola, Padró-Solanet y Hernández-Hidalgo (2017), en Tamarit (coord), *La victimización sexual de menores y la respuesta del sistema de justicia penal*, Buenos Aires / Montevideo / Madrid: ed. BdF Edisofer.
- Widom; Czaja; Dutton (2008), “Childhood victimization and lifetime revictimization”, *Child Abuse and Neglect*: pp. 785-796.