

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología

NÚMERO 1 // 2023



ISSN: 2990-0697



Cuadernos Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología es una publicación científica destinada a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica y criminológica con una periodicidad semestral, que difunde trabajos científicos relacionados con el derecho público y las ciencias criminológicas, aceptando originales sobre cualquiera de sus ámbitos, suscitando la reflexión mediante el análisis jurídico y criminológico más actual.

Como seña de identidad, Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología propone a sus posibles autores que estudien la realidad jurídica centrando su atención en los elementos abstractos que trascienden de las realidades sociales, considerando los hechos sociales que preocupan a la sociedad como; los delitos e infracciones, sus autores y las víctimas, la respuesta de los mecanismos de control social formal e informal ante estos, y la acción de la justicia, para obtener resultados efectivos, que puedan orientar la toma de decisiones a partir de los estudios e investigaciones académicas que se aproximen.

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación desarrollados por investigadores, docentes y profesionales que posean interés en las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Resumen en español: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>





Dirección de la Revista:

Juan José Delgado Morán
Avda. De Utrera, Km 1
Edificio 14, planta 4º despacho 44.
Universidad Pablo De Olavide
respublica@upo.es

Asistentes al Comité Editorial de la Revista:

Elena Boza Moreno. Centro Universitario San Isidoro
Marta Rodríguez Ramos. Universidad Pablo de Olavide
Rosmari Moreno Acevedo. Universidad Pablo de Olavide.

Comité Editorial de la Revista:

Luis Miguel Arroyo Yanes. Universidad Pablo de Olavide
Ángel Belzunegui Eraso. Centro de Estudios sobre Conflictos Sociales.
Carlos María López Espaldafor. Universidad de Jaén
Luigi Martino. Universidad de Florencia (Italia)
Pedro Manuel Herrera Molina. Universidad Nacional de Educación a Distancia
Andrea de Guttry. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa,(Italia)
Gustavo Díaz Matey. Universidad Complutense de Madrid
María Viviana Caruso Fontán. Universidad Pablo de Olavide
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)

Comité Científico Nacional de la Revista:

Juana del-Carpio-Delgado. Universidad Pablo de Olavide
Raquel Guillén Catalán. Universidad de Valencia
Carmen López Peregrín. Universidad Pablo de Olavide
Tania García Sedano. Universidad Carlos III
Juan Carlos Rodríguez Fernández. Universidad internacional de la Rioja
Pastora García Álvarez. Universidad Pablo de Olavide
Juan Carlos Vegas Aguilar. Universidad Católica de Valencia
Valle Sierra López. Universidad Pablo de Olavide
Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Ana María Ruiz-Ruano García. Universidad de Granada
María Mut Bosque. Universidad Internacional de Cataluña
Eduardo Juárez Valero. Universidad Carlos III
Susana San Cristóbal Reales. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.
Guillermo Calleja Leal. Comisión Española de Historia Militar (CEHISMI)
Jorge López Puga. Universidad de Granada
Salvador Cutiño Raya. Universidad Pablo de Olavide
Manuel José García Rodríguez. Universidad Pablo de Olavide

Comité Científico Internacional de la Revista:

Jesús Martín Ramírez. Presidente de CICA & presidente del Spanish Pugwash Movement
Lester Cabrera Toledo. FLACSO (Ecuador)
Andrea de Guttry. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa,(Italia)
Julio César Tapia Cárdenas. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú)
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)
Juan Martín López Calva. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
Marcela Rodríguez Mejía. Universidad del Externado (Colombia)
Fulgencio Samudio Ozuna. Universidad Autónoma de San Sebastián (Paraguay)
Martha Leticia Gaeta González. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
José Manuel Saiz Álvarez. TEC de Monterrey (México)
Pedro Díaz Polanco. Universidad Austral (Chile)



Índice

¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?	8
Carmen López Peregrín	
Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria.....	25
Santiago Leganés Gómez	
El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal	41
Silvia Durán Alonso	
La seguridad ciudadana desde el ámbito político y académico: el caso de las elecciones presidenciales de 2021 en Ecuador	56
Lester Cabrera Toledo	
La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger	71
Lenny Liz Rivas	
El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional.....	85
Norberto Aser González Trigo	
Estudio criminológico del ciberdelincuente y sus víctimas.....	95
Víctor Rodríguez González, Claudio Augusto Payá Santos y Bernardo Peña Herrera	

Presentación del número 1/2023





Presentación del numero 1, 2023

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología comienza su andadura con su primer número 2023 que aquí presentamos.

Como punto de partida de su trayectoria, el primer número de estos cuadernos de periodicidad semestral, nace con la pretensión de servir de cauce a la reflexión jurídica y criminológica y sus distintas ramas de especialización científica en conjunto, buscando convertirse en una revista de divulgación de calidad, generando un espacio para las perspectivas críticas en la que el lector pueda encontrar opiniones construidas sobre cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo del Derecho Público y la Criminología, y sus autores logren acomodarse en un foro de expresión en el que difundir los resultados de sus estudios jurídicos y criminológicos.

Esta búsqueda de un espacio colectivo en que se engarzan la promoción de la producción de conocimiento crítico sobre el delito, el control social y la acción de la justicia serán los rasgos característicos de Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, que busca convertirse en una revista de divulgación de calidad, en la que el lector pueda encontrar opiniones construidas sobre cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo del Derecho público y la Criminología.

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación desarrollados por investigadores, docentes y profesionales que posean interés en las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad. Esta primera entrega reúne 7 trabajos académicos diversos, con temáticas novedosas de máxima actualidad tanto prácticas como dogmáticas, pudiéndose atender con ello el interés público de distintos sectores del conocimiento y la práctica del Derecho Público y la Criminología, objeto primigenio de esta publicación.

Los siete artículos reunidos en este primer dossier comparten un interés metodológico, y aunque obedecen a un llamamiento libre, se vinculan como campos de estudio en permanente diálogo, a saber entre el derecho penal y su proceso, la labor de policía, el estudio criminológico, la guerra justa, y el penitenciarismo, así como la debida atención que prestan a las víctimas, cada uno de estos campos de estudio.

El primer artículo que además inaugura la revista nos lanza un interrogante por título, “¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?” y ha sido escrito por Carmen López Peregrín. Este brillante artículo recoge una sugerente discusión sobre las dos sustanciales modificaciones plasmadas en la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, haciendo énfasis la autora en la denominada (“cláusula Romeo y Julieta”). En definitiva, nos encontramos ante un artículo confeccionado con una gran solvencia argumentativa, que puede facilitar la comprensión de la citada reforma, donde la autora desgana detalladamente no solo las características de

la reforma, sino que enumera las contradicciones que plantea la misma a la hora de posibles efectos indirectos en los delitos que se enumeran.

El segundo artículo titulado “Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria”, tiene como autor al Jurrista-Criminólogo, Santiago Leganés Gómez. Este interesante estudio analiza la figura de la víctima del delito recuperada como agente a tener en cuenta durante todo el procedimiento penal, reconociendo este que ha ido creciendo aritméticamente y ha culminado con un mayor protagonismo de la víctima en la Ley 4/2015 que regula el Estatuto víctima del delito, tanto en la ejecución penal como penitenciaria.

El tercer artículo lleva por título “El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal”, y ha sido realizado por Silvia Durán Alonso. Este artículo se centra en el análisis de distintas cuestiones relativas a la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, a efectos de favorecer a éstas la accesibilidad al proceso judicial, a efectos de garantizar su participación en el proceso en condiciones de igualdad, prestando especial atención su autora en este artículo a la figura del “facilitador”.

El cuarto artículo titulado “La seguridad ciudadana desde el ámbito político y académico: el caso de las elecciones presidenciales de 2021 en Ecuador”, tiene como autor a Lester Cabrera Toledo, donde este brinda una mirada crítica con respecto al debate en torno a la falta de seguridad, en el ámbito social y/o ciudadano, en el Ecuador, desde mediados del 2020, concluyendo después de un exhaustivo análisis, que existe la necesidad de un cambio de paradigma dentro de la planificación en el ámbito estructural de la seguridad en Ecuador incluyendo el rol de la academia en la discusión sobre temas de seguridad.

El quinto artículo titulado “La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger”, tiene como autora a la profesora Lenny Liz Rivas. La autora realiza un valioso estudio sobre las motivaciones de la agresión sexual como estrategia y/o arma en los conflictos armados, demostrando su impacto tanto a nivel individual como colectivo en la sociedad agredida, matizando su aflicción además de física, psicológica sobre estas y observando si los resortes jurídico-penales contra la agresión sexual en los conflictos, respondidos por las autoridades y organizaciones que velan por los derechos humanos, son efectivos, puesto que tienen la obligación de intervenir y proteger.

El sexto artículo lleva por título “El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional”, y ha sido realizado por Norberto Aser González Trigo, oficial de las FFCCSSEE, donde el autor analiza la figura normativa del agente encubierto y las distintas reformas *ex novo* respecto a las funciones encubiertas en el ámbito informático por parte de este, profundizando su autor en la viabilidad y utilidad de esta figura en la lucha contra el crimen organizado. El autor se plantea si mediante esta inclusión en la norma está la legislación actual preparada para hacer frente a la criminalidad organizada.

El séptimo y último trabajo que cierra este primer número de la revista y titulado “Estudio criminológico del ciberdelincuente y sus víctimas”, está escrito por Víctor Rodríguez, Claudio Payá y Bernardo Peña. En este trabajo sus autores analizarán datos delictivos buscando la causa de estos y las posibles justificaciones a la falta de esclarecimiento de los hechos delictivos, pretendiendo dar una aproximación de la figura de la ciber víctima, así como las características propias de las dos figuras que comprende: el delincuente y la víctima.

Juan José Delgado Morán
Universidad Pablo de Olavide

ARTÍCULOS





¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?¹

Can minors consent to indecent exposure, sexual provocation or the production of pornography, or the production of pornography?

Carmen López Peregrín

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

mclopper@upo.es

ORCID 0000-0002-4063-5380

Resumen

Desde la reforma de 2015, en el Código penal español se permite, si se dan los requisitos legales, que los menores de 16 años consientan ciertas conductas de contenido sexual, entre otras, los contactos físicos de naturaleza sexual (“cláusula Romeo y Julieta”). Sin embargo, esta cláusula no incluye en principio, en su ámbito de aplicación, conductas de menor relevancia, como las relativas al exhibicionismo y provocación sexual ante menores de 18 años (arts. 185 y 186 Cp) u otras relacionadas con la elaboración de pornografía infantil (art. 189 Cp). El presente trabajo se dirige a poner de manifiesto esta contradicción y a analizar si dicha cláusula puede tener algún efecto indirecto en estos delitos.

Palabras clave: Delitos sexuales sobre menores, edad del consentimiento sexual, analogía en beneficio del reo, explotación sexual de menores.

Abstract

Since the 2015 reform, the Spanish Penal Code allows, if the legal requirements are met, that minors under 16 years of age consent to certain behaviors of sexual content, among others, physical contacts of a sexual nature (“Romeo and Juliet exception”). However, this clause does not include, in principle, in its scope of application, conducts of lesser relevance, such as those related to exhibitionism and sexual provocation before minors under 18 years of age (articles 185 and 186) or others related to the elaboration of child pornography (article 189). This paper is aimed at highlighting this contradiction and analyzing whether this clause can have any indirect effect on these crimes.

Key words: Child sexual offenses, legal age of sexual consent, analogy for the benefit of the inmate, sexual exploitation of minors.

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”.

Cómo citar este trabajo: López Pelegrín, 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>

1 Introducción

La LO 1/2015, de 30 de marzo², realizó modificaciones sustanciales en los delitos comprendidos en ese momento en el Capítulo II bis (abuso y agresión sexual cometidos contra menores de 16 años), entre las que cabe destacar el aumento de la edad del consentimiento sexual de 13 a 16 años y la simultánea introducción en el entonces art. 183 quater Cp de una cláusula según la cual la responsabilidad penal por estos delitos quedaría excluida por el consentimiento libre del menor de 16 años cuando el autor fuera una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez³. Se trataba de la llamada “Romeo and Juliet exception”, aludiendo al hecho de que ambos enamorados shakespearianos acababan de entrar en la adolescencia⁴.

En cuanto al primero de los cambios señalados, en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se justificaba el aumento de la edad del consentimiento sexual por la supuesta necesidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la

pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Pero lo cierto es que el legislador no estaba en absoluto obligado a elevar la edad del consentimiento sexual ni por necesidades de armonización europea, ni de ninguna otra clase. No había ningún motivo justificado, ni jurídico, ni en función de la realidad social, ni criminológico para esta modificación, sino que más bien se dejó llevar (otra vez) por la presión social del momento y en general por las actuales tendencias expansivas y moralizantes en materia sexual, cometiendo lo que en mi opinión solo puede calificarse de error, y así lo ha valorado también un amplio sector doctrinal⁵. A pesar de todas las críticas recibidas, sin embargo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que ha introducido multitud de cambios en materia de delitos sexuales, no ha modificado la edad del consentimiento sexual, que se mantiene en 16 años⁶.

En cuanto al segundo cambio, poco después de la introducción de la “cláusula Romeo y Julieta” en el art. 183 quater, este precepto fue reformado por la LO 8/2021, de 4 de junio, que añadió a los términos “grado de desarrollo o madurez” los adjetivos “física y

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ Un análisis de todos los cambios introducidos por la reforma de 2015 en los delitos sexuales puede verse en GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 261-319.

⁴ RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento...”, 2015, p. 630.

⁵ Así, por ejemplo, en relación al Proyecto de reforma de octubre de 2013, donde ya se contemplaba la elevación de la edad del consentimiento a los 16 años, RAMOS TAPIA, “La tipificación...”, 2015, p. 125; o TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas...?”, 2015, p. 90. Y ya respecto de la regulación tras la reforma de 2015, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 442; RAMOS VÁZQUEZ, “Grooming...”, 2015, p. 622; o GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 265.

⁶ Ni ha afectado en nada a los delitos objeto de este estudio (exhibicionismo -art. 185 Cp-, provocación sexual -art. 186 Cp- y elaboración de pornografía -art. 189 Cp-). En concreto en materia de delitos sexuales contra menores de 16 años, los cambios más significativos que ha introducido la LO 10/2022, de 6 de septiembre, son la supresión de la referencia a la

indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII (que ahora se refiere solo a los delitos contra la libertad sexual), la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual a menores de 16 años (aunque en relación a estos menores sigue habiendo un tipo básico en el actual art. 181.1 y un tipo cualificado en el art. 181.2, que abarca los casos que antes constituían agresión sexual y otros nuevos), la inclusión expresa en el nuevo tipo básico de agresión sexual de todos los supuestos en que el autor insta al menor a realizar actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, y la creación de un complejo sistema de cualificaciones, en principio acumulables, pero que producen multitud de solapamientos y problemas de *bis in idem* (véanse arts. 181.2 y 181.4 Cp). Por lo demás, actualmente se encuentra en tramitación una nueva reforma en esta materia, contenida en la Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Serie B: Proposiciones de ley, nº 318-1, de 17 de febrero de 2023). Sin embargo, en la medida en que los cambios propuestos en dicha proposición de ley no afectan al contenido de este estudio, no vamos a ocuparnos de su análisis.

psicológica”⁷. Por su parte, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, modificó también la redacción de esta cláusula y cambió su ubicación al art. 183 bis, pero manteniendo en esencia los términos de esta excepción⁸.

Actualmente, por tanto, la persona menor de 16 años no tiene en principio capacidad para consentir válidamente un acto de carácter sexual. Sin embargo, en relación a los delitos del actual Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código penal (heredero del anterior Capítulo II bis, que ahora lleva la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”), si hay consentimiento libre y el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, según el art. 183 bis Cp la conducta no es castigada penalmente⁹.

En cualquier caso, no voy a analizar aquí ni la oportunidad ni las consecuencias del aumento de la edad del consentimiento sexual que tuvo lugar en 2015, ni me voy a detener en las múltiples interrogantes que plantea la interpretación del actual art. 183 bis, ni en el hecho de que se haya perdido la ocasión, en la tramitación de la reforma de 2022 en materia de delitos sexuales, de corregir los defectos de la cláusula contenida en este artículo. Ni siquiera entraré a cuestionar cómo es posible que se niegue eficacia al consentimiento del menor de 16 años para realizar contactos de naturaleza sexual y a la vez se exija “consentimiento libre” para excluir la pena en algunos de esos contactos sexuales e incluso se reconozca ahora en la rúbrica del Título VIII que el bien jurídico protegido en estos delitos

es también la libertad sexual (aunque sea en sentido amplio).

El objeto de este breve estudio es diferente. Se trata de analizar si la cláusula del art. 183 bis Cp puede tener algún tipo de eficacia, directa o indirecta, en delitos sexuales relacionados con menores, pero que en principio están fuera de su ámbito de aplicación. Me voy a referir, en concreto, a conductas tales como el exhibicionismo ante un menor, el envío de imágenes de contenido sexual a un menor, la visualización de imágenes pornográficas junto a un menor, la grabación de la relación sexual mantenida con un menor o la posesión de imágenes de contenido sexual remitidas por un menor, en los casos en que el menor consiente estas conductas.

2 El ámbito de aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta”

En la versión original del art. 183 quater, introducida en 2015, si se daban los requisitos de consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, se excluía la responsabilidad penal “por los delitos previstos en este Capítulo”, es decir, en el entonces Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal. Tras la LO 8/2021, de 4 de junio, se excepcionaron expresamente los casos del entonces art. 183.2 Cp (agresión sexual a menores de 16 años). Sin embargo, este cambio no supuso ninguna novedad, pues, en la medida en que la cláusula del art. 183 quater exigía desde su implantación consentimiento libre, era ya imposible

⁷ En realidad, este añadido de “física y psicológica”, aunque acercaba más la redacción a la del art. 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que el art. 183 quater trasponía, en mi opinión nada aportaba en la práctica.

⁸ En efecto, lo que la LO 10/2022 ha cambiado respecto de la situación anterior no es la definición de la cláusula en sí, que se mantiene inalterada, sino lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, tema del que me ocuparé en el epígrafe siguiente.

⁹ Nada dice el Código penal, ni antes ni después de la reforma de 2022, sobre la naturaleza jurídica de esta exclusión de la responsabilidad penal. Un sector doctrinal entiende que se

trata de una causa de exclusión de la antijuricidad (así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, p. 43). Creo, sin embargo, que tienen razón quienes la consideran una causa de atipicidad (así también, entre otros, TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas...?”, 2015, p. 92; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 281, y en *Revista General de Derecho Penal*, 2022, p. 42; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp.190-191, y en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2021, p. 313; CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual...*, 2019, p. 170; y BOLDOVA PASAMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 41).

aplicarla a un delito que en ese momento tenía como elemento del tipo el uso de violencia o intimidación.

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, el antiguo Capítulo II bis pasa a ser el nuevo Capítulo II y el anterior art. 183 quater se reubica en el nuevo art. 183 bis, que ahora dice así: *“Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”*¹⁰. Es decir, que lo que la LO 10/2022 ha cambiado respecto de la situación anterior no es la definición de la cláusula en sí, que se mantiene inalterada, sino lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, que no son ya exclusivamente aquellos delitos del (actual) Capítulo II conseguidos con violencia o intimidación, sino también aquellos en que se dé alguna de las demás circunstancias del vigente art. 178.2, es decir, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o víctima privada de sentido, con la voluntad anulada o de cuya situación mental se abuse. Al respecto, aunque la nueva redacción pueda suponer una mejora técnica¹¹, en el fondo no cambia nada, pues en los casos que ahora se dejan fuera de la cláusula expresamente tampoco podía hablarse de consentimiento libre, requisito esencial para la exclusión de responsabilidad penal tanto antes de la reforma de 2022, como ahora.

En cualquier caso, y en lo que ahora interesa, tanto antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022, como actualmente, la “cláusula Romeo y Julieta” deja fuera de su ámbito de aplicación directa los delitos previstos en los

Capítulos III, IV y V del Título VIII, delitos que también pueden afectar a menores.

Que esta cláusula no abarque el delito de acoso sexual (recogido en el Capítulo III del Título VIII) no representa en mi opinión ningún problema, pues en la medida en que este delito exige en el tipo básico la provocación de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” (art. 184.1 Cp), no es tampoco compatible con un consentimiento libre ni de adultos ni de menores.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los delitos regulados en los Capítulos IV (“De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”) y V (“De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”). Y el hecho de que la “cláusula Romeo y Julieta” no se extienda a estos delitos da lugar a verdaderas incoherencias y contradicciones. Así, como veremos, si se aplicara sin ninguna corrección interpretativa literalmente lo que establece el Código penal (tanto antes como después de la reforma de 2022), se llegaría a la conclusión de que, por ejemplo, un menor que tuviera 15 años podría consentir válidamente una penetración vaginal, anal o bucal (si se dan los requisitos legales), pero no podría consentir válidamente que otra persona le hiciera una foto provocativa o grabara la relación sexual que están teniendo, de hecho ni siquiera podría consentir ver material pornográfico con la persona con quien sí podría mantener relaciones sexuales completas. Un sinsentido.

Veamos cómo es la situación actual, distinguiendo entre grupos de delitos.

¹⁰ La cursiva es mía.

¹¹ En la medida en que la anterior, al excluir solamente las agresiones sexuales del entonces art. 183.2 Cp, podía dar

lugar a la errónea interpretación de que ningún otro delito estaba excluido.

3 ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo y provocación sexual?

En el Capítulo IV del Título VIII se castiga tanto a quien “ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad” (art. 185), como a quien, “por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad” (art. 186)¹². Desde la primera lectura de estos preceptos, pueden apreciarse ya claramente dos diferencias respecto a los delitos del actual Capítulo II, relativas, de un lado, al sujeto pasivo y, de otro, al papel del consentimiento en la delimitación del tipo.

En relación a la primera diferencia, la edad relevante en los delitos del Capítulo IV no es la de 16, sino la de 18 años. Así, al menos, ha interpretado la doctrina mayoritaria la referencia de los arts. 185 y 186 a los “menores de edad”¹³, aunque algún autor ha sostenido que el precepto no abarca a los menores emancipados¹⁴ e incluso se ha defendido que la minoría de edad ha de identificarse con minoría de edad sexual, esto es, menores por debajo de la edad de consentimiento sexual (actualmente, menores de 16 años)¹⁵.

En cuanto a lo primero, creo que no hay base legal para excluir a los menores emancipados del ámbito del delito: el art. 240 del Código civil establece claramente que la mayoría de edad comienza a los 18 años y el propio art. 247 del Código civil indica ciertas acciones (como gravar inmuebles) que el emancipado no puede realizar, de lo que se deduce

claramente que emancipación y mayoría de edad no son sinónimos.

Más fundamentada me parecería la segunda opción, de recurrir al propio Código penal y a la edad del consentimiento sexual para interpretar restrictivamente el ámbito de estos delitos o, al menos, para proponer una reforma en este sentido. Al respecto, la normativa internacional y comunitaria, aunque suelen definir el término “niño” como menor de 18 años, no impone que la protección reforzada tenga la misma intensidad en todos los tramos de edad. Así, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (en adelante Convenio de Lanzarote)¹⁶, define en su art. 3.a) al “niño” como “toda persona menor de 18 años”, pero luego distingue entre delitos en los que el sujeto pasivo es el menor de 18 años, en general (como los relacionados con la prostitución infantil, art. 19), aquellos en que se prevé que la conducta se castigue solo en relación a menores por debajo de la edad del consentimiento sexual (como el de proposiciones a niños con fines sexuales, art. 23) y otros en que se diferencia (a efectos de amplitud del ámbito de conductas prohibidas) según el menor esté por debajo o por encima de la edad del consentimiento sexual (como el de abuso sexual, art. 18). Y lo mismo ocurre en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (véanse arts. 3 a 6). Especial mención merece, en este contexto, que tanto en el Convenio de Lanzarote (art. 22), como en la Directiva 2011/93/UE (art. 3.2) se prevé la obligación de los Estados de tipificar como

¹² Los arts. 185 y 186 castigan también estas conductas cuando se realizan con personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pero no voy a ocuparme de ello en este trabajo, por exceder del tema de esta investigación.

¹³ Entre otros, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 184; MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, pp. 363 y 365; o DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 15.

¹⁴ Así, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, p. 432.

¹⁵ Así, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 211; o GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 286-287.

¹⁶ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, Instrumento de ratificación de 22 de julio de 2010, BOE 12.11.2010.

delito el hecho de hacer presenciar, con fines sexuales, actos de carácter sexual a un menor *que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual*.

Nada parece obligar, por tanto, a referir el sujeto pasivo de los delitos de los arts. 185 y 186 a los menores de 18 años. Sin embargo, si se limitaran los respectivos tipos a las conductas realizadas con menores de 16 años, entonces lo que ocurriría es que el ámbito de aplicación de estos preceptos prácticamente se solaparía con el del delito contenido en el actual art. 182.1 Cp¹⁷, que además tiene una pena mayor¹⁸. *De lege ferenda*, por tanto, sería más conveniente eliminar a los menores del ámbito de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual¹⁹.

Pero además de en el sujeto pasivo, los delitos del Capítulo IV se diferencian del delito de agresión sexual contra menores de 16 años en el papel que desempeña el consentimiento.

En efecto, en relación al delito de agresión sexual (y tanto si se trata de víctimas adultas, como de menores de 18 años pero con edad para consentir en materia sexual, o de menores de 16 años cuando se dan los requisitos de la “cláusula Romeo y Julieta”), es la concurrencia de consentimiento válido lo que distingue un contacto físico sexual atípico del que no lo es.

Por el contrario, en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual la conducta es siempre atípica si el sujeto pasivo es mayor de edad, haya consentimiento o no,

debiéndose en este caso la atipicidad de los supuestos de conductas no consentidas más bien a razones de intervención mínima. En cuanto a los menores de edad, la cuestión es más compleja: ciertamente no se incluye en los arts. 185 y 186 ninguna mención expresa a la ausencia de consentimiento, por lo que, en una primera lectura, podría deducirse que, aunque haya consentimiento, la conducta sigue siendo típica²⁰, pero el consentimiento del menor no debería ser irrelevante, ni respecto de menores de 18 años pero mayores de 16, ni respecto de los menores de 16 años.

Empezando por el primer tramo de edad citado, creo que por razones de coherencia mínima no debería castigarse penalmente la conducta de exhibirse desnudo y con fines sexuales ante un menor de 18 años, pero mayor de 16 años que lo consiente, sobre todo cuando ese mismo menor puede consentir ya válidamente contactos sexuales. No tendría sentido que el ordenamiento permitiera (si no hay violencia, intimidación o abuso) a una persona adulta llevar a cabo un contacto físico sexual con un menor de 16 o 17 años de edad, pero le prohibiera que ese menor le viera desnudo o realizar ante él un *striptease*, de forma que puedan resultar sancionados los actos preliminares de una relación sexual que sin embargo sería lícita. Y los mismos argumentos conducirían a una interpretación similar respecto al delito de difusión de pornografía del art. 186: no sería lógico permitir el contacto físico sexual consentido entre un adulto y un menor con 16

¹⁷ De las dos conductas típicas que se contenían en el anterior art. 183 bis hasta la reforma de 2022, la de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual ha desaparecido del actual art. 182.1, pero porque las conductas allí incluidas pueden incardinarse ahora en el tipo básico del delito de agresión sexual del art. 181.1, que ya no exige contacto físico sexual entre autor y víctima. La otra conducta típica del anterior art. 183 bis, relativa a hacer presenciar al menor actos de contenido sexual, ha pasado al actual art. 182.1, por lo que se mantienen los problemas de solapamiento con el delito de exhibicionismo del art. 185 Cp.

¹⁸ En efecto, los arts. 185 y 186 Cp prevén la pena de prisión de 6 meses a un año o multa de 12 a 24 meses, mientras que

el delito del actual art. 182.1 castiga el tipo básico con prisión de 6 meses a 2 años.

¹⁹ Obviamente, mientras ambos preceptos se mantengan habrá que entender que hay entre ellos *bis in idem*, por lo que, si resultan aplicables ambos delitos a la misma conducta, en mi opinión habrá que aplicar el nuevo art. 182.1 por especialidad en base a la diferente edad del sujeto pasivo (menores de 18 años en general en el art. 185 Cp, menores de 16 años en el art. 182 Cp), solución que además es coherente con la mayor gravedad de la pena prevista en el art. 182.1 Cp (así también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2022, p. 256).

²⁰ Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, 2004, p. 72; y BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, pp. 438 y 464.

o 17 años y sin embargo prohibir que, por ejemplo, antes del contacto sexual visionaran juntos una película pornográfica²¹.

Ello obliga, en mi opinión, a entender que los delitos de exhibicionismo y de provocación sexual exigen como elemento del tipo la ausencia de consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente²², pues si ya es cuestionable que la visualización de un acto sexual o de material pornográfico pueda afectar al correcto desarrollo de una persona mayor de 16 años o a su libertad sexual, lo que es insostenible es mantener estos delitos en esta franja de edad y no dar ninguna relevancia al consentimiento de quien ya está capacitado para consentir relaciones sexuales completas²³.

Una interpretación similar mantuvo la SAP de Valladolid 320/2017, de 31 de octubre. Se trataba de un joven de 19 años que había sido condenado por un delito de exhibicionismo del art. 185 por haber mandado por WhatsApp una foto de su pene a una chica de 13 años con la anuencia de ella²⁴. Dado que los hechos eran anteriores a la reforma de 2015,

la menor tenía ya edad para consentir sexualmente y en base a ello la Audiencia Provincial absolvió al acusado con el razonamiento de que la existencia de consentimiento válido en la recepción de la imagen pornográfica por quien ya tiene legalmente la edad para consentir relaciones sexuales provoca que el hecho ya no sea constitutivo de delito²⁵.

Por otro lado, por lo que respecta a la realización de estas conductas con menores de 16 años, si en relación a los delitos del Capítulo II la regulación actual da relevancia al consentimiento en las condiciones del art. 183 bis Cp, tampoco debería ser típico en esta franja de edad el exhibicionismo o la difusión de pornografía consentidos libremente y realizados existiendo proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez: no sería justo, ni lógico, que, respecto de menores de 16 años, la cláusula del art. 183 bis Cp sea aplicable a los casos del art. 181.1 (por ejemplo en un caso de contacto físico sexual con menor de 16 años) o del art. 182.1 Cp (hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual realizados “en directo”²⁶) y

²¹ Señalando la incoherencia que supone que un menor de 18 años que tenga la edad del consentimiento sexual pueda tener relaciones sexuales plenas consentidas con un adulto pero no se le permita consentir presenciar exhibiciones obscenas o percibir material pornográfico, por ejemplo, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 184; BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, p. 432; LAMARCA PÉREZ, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2007, p. 19; RODRÍGUEZ MESA, “Explotación sexual...”, 2009, p. 337; CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (dir.), *Comentarios...*, 2011, p. 442; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Revista General de Derecho Penal*, 2013, p. 31; RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 119, y en “Los delitos...”, 2015, pp. 210-211; ORTS BERENGUER/ ALONSO RIMO, “Introducción...”, 2014, p. 32; RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 210; MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, p. 363; y DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 48.

²² Así también, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 13; CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (dir.), *Comentarios...*, 2011, p. 442; FERRANDIS CIPRIÁN/ TERUEL GARCÍA, “Los delitos...”, 2014, p. 130; RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 203; y MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, p. 363.

²³ En el mismo sentido ya, por ejemplo, en relación a mayores de 13 años, que era entonces la edad límite en abuso sexual,

GÓMEZ TOMILLO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 13; y RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 120.

²⁴ La primera sentencia, pronunciada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valladolid el 30 de junio de 2017, condenó, en efecto, por un delito de exhibicionismo del art. 185. En mi opinión, enviar una foto de contenido sexual no es una conducta típica del delito de exhibicionismo del art. 185, sino más bien de difusión de material pornográfico del art. 186 Cp (así también, por ejemplo, la STS 628/2020, de 20 de noviembre), pero la cuestión no se plantea en la sentencia y el problema de determinar si el consentimiento del menor es relevante o no, es común a ambos delitos.

²⁵ En contra, sin embargo, la STS 453/2019, de 8 de octubre, que confirma la condena por un delito de provocación sexual del art. 186 a un sujeto por enviar material pornográfico a un menor que tenía 17 años en el momento de los hechos, y con el que después mantuvo una relación sexual atípica, aunque la sentencia no aporta más argumentación a esta decisión que la de indicar que se trata de tipicidades de contenido distinto.

²⁶ Porque, en mi opinión, como ya he dicho antes, si una conducta es típica del delito de exhibicionismo del art. 185 y del delito del art. 182.1 por tratarse de una exhibición ante un menor de 16 años, hay un concurso de leyes a favor del art. 182.1 por especialidad (así también, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2022, pp. 256).

no, por ejemplo, a los casos de visionado de material pornográfico con el menor, conducta que, valorativamente, parece menos grave²⁷.

En resumen, creo que debería admitirse en los delitos de los arts. 185 y 186 Cp la eficacia del consentimiento del menor en los mismos términos en los que se admite para los delitos del Capítulo II, aplicándose el actual art. 183 bis analógicamente²⁸.

Estas necesidades interpretativas hubieran sido perfectamente evitables, sobre todo teniendo en cuenta que la Directiva 2011/93/UE no menciona en absoluto, entre las conductas que los Estados miembros deben sancionar, la de vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores y que, además, en su art. 8.1 la Directiva dejaba a la discreción de los Estados miembros decidir si intervenir penalmente o no en los casos de actos consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, no solo en los supuestos del art. 3.4 de la Directiva (realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual), sino también en los casos del art. 3.2 (hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos), oportunidad de despenalización de conductas que, una vez más, el legislador español ha desperdiciado.

En conclusión, creo que los delitos de los arts. 185 y 186 deberían ser eliminados²⁹: las conductas de exhibicionismo y provocación sexual relativas a menores de entre 16 y 18

años deberían ser atípicas, mientras que los casos más graves respecto de menores de 16 años seguirían siendo castigados por el art. 182.1 Cp (salvo que concurrieran los requisitos de la cláusula del art. 183 bis Cp, que sí es directamente aplicable a ese delito). Pero mientras los delitos de exhibicionismo y provocación sexual sigan existiendo en los términos actuales, habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva, entendiendo que exigen como elemento del tipo la ausencia de un consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente, y por tanto dejando al margen del Derecho penal las conductas consentidas por el menor, bien porque ya haya cumplido los 16 años y tenga capacidad de consentir válidamente, bien porque, siendo menor de esa edad, haya proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez y se aplique la cláusula del art. 183 bis por analogía en beneficio del reo.

4 ¿Pueden los menores consentir conductas de elaboración de pornografía?

El Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) contiene una gran variedad de figuras delictivas. Aquí nos vamos a ocupar, sin embargo, solamente de lo relacionado con la producción, adquisición o posesión para uso privado de imágenes de contenido sexual captadas con el consentimiento de un menor de edad pero que ha alcanzado la edad para consentir contactos sexuales (16 años), o de un menor

²⁷ Así también GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 287.

²⁸ Aunque la posibilidad de aplicar analogía *in bonam partem* es discutida por un sector de la doctrina (así, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, p. 158), es aceptada por otro sector doctrinal (así, entre otros, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, 2022, pp. 112-115) y ya ha sido admitida jurisprudencialmente. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 estableció, respecto de la pena de multa proporcional prevista en el art. 370 Cp, que, dada la inexistencia de una regla específica para

determinar la pena superior en grado, no es posible su imposición; pero que cabe determinar el grado inferior de la pena de multa proporcional "...mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del C.P."

²⁹ Y probablemente, aunque exceda del ámbito de esta investigación, no solamente respecto de los sujetos pasivos menores de edad, pues no hay que olvidar que se trata de delitos que han sido muy cuestionados por la doctrina (y con razón) por muchos motivos, entre ellos la descripción vaga e imprecisa de la conducta típica y el componente moralizante de las prohibiciones que contiene (en este sentido, por ejemplo, RAMOS TAPIA, "La tipificación...", 2015, p. 131).

de 16 años, pero existiendo proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica con el autor. Es decir, de los casos del Capítulo V en los que tiene más sentido, en mi opinión, plantearse si el consentimiento del menor debe tener o no eficacia.

Dejo al margen de este estudio, por tanto, los delitos relativos a la prostitución de menores (art. 188) y a la captación de menores para que participen en espectáculos exhibicionistas públicos o privados (art. 189.1.a). Y tampoco voy a ocuparme de conductas relacionadas con la pornografía infantil pero que no involucran directamente a menores, como las de venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de pornografía infantil (art. 189.1.b)³⁰, o las relacionadas con modalidades de pornografía infantil que ni siquiera exigen la intervención de un menor³¹.

Me centraré, así, en la pornografía infantil real, elaborada con menores reales³². Y me voy a referir, sobre todo, a dos conductas típicas: de un lado, la de utilizar menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico real (art. 189.1.a Cp); de otro, la recogida en el art. 189.5 Cp, referida a la adquisición o posesión para el propio uso de pornografía infantil o al acceso a sabiendas a la misma a través de las tecnologías de la información y la comunicación. En relación a

ambas, la definición de la pornografía infantil que ofrece el propio art. 189.1 Cp se refiere a menores de edad, lo que hay que entender aquí también como menores de 18 años³³.

Los problemas proceden, también aquí, de la disparidad de edades que se tienen en cuenta en el art. 189 Cp y en el actual Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código penal, de modo que, interpretando literalmente estos preceptos, llegaríamos a la absurda conclusión de que un sujeto de 19 años podría mantener una relación sexual completa con un menor que haya alcanzado la edad del consentimiento sexual (que tenga 16 o 17 años de edad), pero constituiría delito el grabar, con el consentimiento del menor, dicha relación sexual, o realizarle una foto de contenido sexual. Y también sería delito acceder a sabiendas al mail o al WhatsApp que ese menor voluntariamente le enviase con una foto suya de contenido sexual, incluso por iniciativa propia. Otro caso, pues, de incoherencia legislativa en la que se permite la relación sexual consentida de un adulto con un menor, pero no una conducta en principio menos trascendente, que incluso puede formar parte del juego sexual³⁴. Es más, aplicando literalmente el art. 189 Cp, podría llegarse al absurdo de que, si dos menores de 16 o 17 años de edad se graban mientras

³⁰ Pues tienen lugar después de terminada la eventual intervención del menor.

³¹ Como la elaborada con personas “aparentando” ser menores salvo que se demuestre que no lo son (la llamada pornografía infantil técnica, art. 189.1, párrafo segundo, letra c), o la que usa imágenes “realistas” de menores creadas artificialmente y sin intervención de menores reales (la llamada pornografía infantil virtual o artificial, recogida en la letra d del mismo precepto). Esta extensión de la intervención penal, en general, y en particular la ampliación del concepto de pornografía infantil, han sido ya ampliamente criticadas por la doctrina. Así, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, en *Revista Penal*, 2018, pp. 67-81; CARUSO FONTÁN, en *Revista Penal*, 2019, pp. 25-32; y en “La pornografía infantil...”, 2020, pp. 358-359; DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 20-22; HAVA GARCÍA, “Los delitos...”, 2019, pp. 390-397; y TERRADILLOS BASOCO, “Pederastia...”, 2019, pp. 365-370.

³² Que se corresponde con la recogida en las letras a) y b) del párrafo segundo del art. 189.1 Cp, donde se define lo que ha de entenderse por pornografía infantil: “a) Todo material que

represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales”. La definición de la pornografía infantil (procedente del art. 2 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011) no se ha visto, por lo demás, afectada por la reforma de 2022.

³³ Pues, en la medida en que el art. 189.2.a) prevé un tipo cualificado para el caso en que el sujeto pasivo sea menor de 16 años, no cabe interpretar actualmente el término menor de edad del tipo básico como referido al menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual.

³⁴ Recuérdese que no estamos aquí hablando de la difusión de esas imágenes (que, de hacerse sin el consentimiento de la persona grabada, menor de edad o adulto, daría lugar al delito contra la intimidad del art. 197.7 Cp), sino de la mera grabación o captación de la imagen.

mantiene relaciones sexuales (permitidas), ambos estarían cometiendo un delito de elaboración de material pornográfico infantil respecto del otro (aunque la responsabilidad se sustanciara a través de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)³⁵.

Estas incoherencias ya habían sido señaladas por la doctrina³⁶. Y la Directiva 2011/93/UE, consciente de ellas, en su art. 8.3 había dejado a la discreción de los Estados miembros decidir si convertir o no en delito la adquisición, posesión o producción de pornografía infantil en la que intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas³⁷. Pero en 2015 España no hizo uso (aquí tampoco) de esa posibilidad despenalizadora, ni ha corregido después esta situación en la reforma de 2022. De este modo, se lleva la legislación hacia un terreno excesivamente represivo que no contempla que ciertas conductas "...pueden ser parte de la sexualidad natural entre los menores y del libre y espontáneo descubrimiento de la misma"³⁸.

A pesar de ello, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado³⁹ instaba ya a interesar el sobreseimiento de las actuaciones "...cuando el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros". Y ello por considerar que, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, no habría antijuridicidad material.

Por todo ello, creo que habría que unificar, también aquí, la edad de referencia y admitir la relevancia del consentimiento, limitando el ámbito del art. 189, en lo que respecta a menores de 18 pero mayores de 16 años, a las conductas relativas a pornografía elaborada sin que medie un consentimiento válido: si al sujeto mayor de 16 años se le reconoce capacidad para consentir una relación sexual, también se le debe reconocer capacidad para entender la trascendencia de dejarse grabar o fotografiar, especialmente cuando el material pornográfico está destinado a un uso privado⁴⁰. Una vía para ello es excluir el automatismo en la aplicación de este precepto e interpretar que, cuando el art. 189.1 se refiere a la elaboración de material pornográfico "utilizando" a menores, se está

³⁵ En el mismo sentido crítico, con ese mismo ejemplo, GARCÍA ALBERO, "Pornografía infantil...", 2015, p. 287 (señalando que dicha conducta carece de toda lesividad respecto del bien jurídico indemnidad sexual, que era el bien jurídico al que, junto a la libertad sexual, se refería en ese momento el Título VIII); y HAVA GARCÍA, "Los delitos...", 2019, pp. 406-407.

³⁶ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, "Explotación sexual...", 2009, p. 338; RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 181; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, "El delito...", 2015, p. 455; MORILLAS FERNÁNDEZ, "Los delitos...", 2015, p. 443; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 299-300; o DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 47.

³⁷ También el Convenio de Lanzarote de 2007 preveía en su art. 20.3 la posibilidad para los Estados Parte de no castigar la elaboración o posesión de material pornográfico en el que participen niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual "...cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular".

³⁸ DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 21.

³⁹ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015.

⁴⁰ En realidad, por lo que respecta a las conductas de acceso, adquisición o posesión de pornografía infantil para el propio uso, creo que deberían ser relegadas del ámbito penal en todos los casos, pues se trata de comportamientos muy alejados de la lesión de la libertad sexual o de otros bienes jurídicos, como la dignidad y la intimidad, bienes cuya protección debe realizarse además en el marco de otras figuras delictivas (así también CARUSO FONTÁN, "La pornografía infantil...", 2020, p. 365). Sobre lo criticable que resulta, en sí, el delito de posesión de pornografía para el propio uso o de acceso a la misma del art. 189.5 Cp, véanse, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, "Los delitos...", 2015, pp. 482-483; y GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 307-309.

refiriendo exclusivamente a los casos en que, por no haber consentido libremente, el menor está siendo instrumentalizado⁴¹.

Por lo que respecta a los menores de 16 años, si se realiza una conducta de elaboración, como la de grabar con consentimiento del menor la relación sexual que se mantiene con él, o tomarle una foto de contenido sexual, habiendo proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, la regulación actual no solo no prevé expresamente la aplicación de la cláusula del art. 183 bis Cp, sino que, interpretando literalmente el precepto, habría que aplicar incluso el tipo cualificado del apartado 2.a) del art. 189 Cp en relación al art. 189.1 (utilizar a menores de 16 años). Del mismo modo que, si es el menor de 16 años el que por su propia iniciativa se graba o fotografía por ejemplo sus órganos genitales y con fines sexuales envía las imágenes a un adulto (o incluso a un menor de 18 años pero mayor de 14 años), el receptor estaría cometiendo en principio un delito de posesión de material pornográfico si las guarda o accede a ellas a sabiendas (art. 189.5 Cp), aunque se tratara de situaciones en que fuera posible mantener relaciones sexuales con ese menor por aplicación de la cláusula del art. 183 bis Cp. Hay que tener en cuenta, además, que no se trata de conductas infrecuentes, precisamente. Según Ramos Vázquez, un estudio a nivel español respecto de menores entre 10 y 16 años detectó que un 4% habían enviado imágenes de contenido sexual y un 8,1% las habían recibido⁴².

¿Cabría aplicar en este tipo de casos la “cláusula Romeo y Julieta” analógicamente? En mi opinión, sí es posible⁴³. Aunque también

cabría realizar una interpretación restrictiva basada en la ausencia de antijuricidad material, entendiendo que no hay afectación al bien jurídico no solo cuando la conducta es consentida por quien ha adquirido ya la edad del consentimiento, sino también por quienes, de acuerdo a nuestro ordenamiento, pueden consentir válidamente relaciones sexuales⁴⁴. En resumen, no deberían incriminarse las conductas que en principio encajarían en el art. 189 cuando las realicen personas que cumplan los requisitos del art. 183 bis⁴⁵.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado consideraba ya en 2011 que no cabía castigar penalmente a un menor de 18 años por posesión de pornografía infantil en estos casos pues “...cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila”⁴⁶. Y ya hemos visto que la Circular 2/2015 proponía instar el sobreseimiento en los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores de 18 pero mayores de 16 años “con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros”, por faltar la antijuricidad material⁴⁷. Pues bien, la Circular 1/2017, de 6 de junio, no solo confirma lo anterior, sino que considera que “los mismos razonamientos y la misma conclusión serán aplicables en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis

⁴¹ Así también ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, “El delito...”, 2015, p. 455.

⁴² RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, 2015, p. 437.

⁴³ Sobre si cabe o no aceptar la analogía *in bonam partem*, véase *supra*, nota 28.

⁴⁴ Así también GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 305-306.

⁴⁵ Así también MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 466.

⁴⁶ Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011, punto III.2.

⁴⁷ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015, conclusión 6.2.

años, se hubiera aplicado el art. 183 quater a la relación sexual subyacente”⁴⁸.

Sobre este tema, resulta, por otra parte, muy interesante la SAP de Valencia 56/2018, de 12 de enero. Se juzgaba a un menor (Maximino), nacido en 1999, que mantuvo una relación sentimental y sexual con una menor nacida en 2001 (Fermina) desde el verano de 2015 hasta julio de 2016 (es decir, cuando él tenía 16-17 años y ella, unos 14-15 años). Durante esta relación, él había grabado vídeos y tomado fotografías de contenido sexual con la menor realizando prácticas sexuales.

La primera sentencia⁴⁹ había condenado, entre otros, por un delito de elaboración de material pornográfico del art. 189.1.a) y 2.a) Cp, es decir, por haber elaborado pornografía infantil real, cualificándose el delito por ser la víctima menor de 16 años. En el recurso a esta sentencia se alegaba, entre otros motivos, que no había habido “captación o utilización” ya que ambos se grababan mutua e indistintamente, los actos grabados y su grabación fueron en todo momento voluntarios, consentidos y recíprocos y, además, no había existido acceso por parte de terceros. La Audiencia admitió el recurso, considerando, en primer lugar, que en efecto resultaba cuestionable que la conducta del menor supusiese “captación o utilización” de la menor con fines exhibicionistas o pornográficos, dado que la finalidad era únicamente la conservación de las imágenes en el ámbito de sus protagonistas; y, en segundo lugar, que en este supuesto los protagonistas eran dos menores que se encontraban “en el mismo plano”. Y es aquí donde la sentencia trae a colación la cláusula del (entonces vigente) art. 183 quater Cp, considerando que debía ser tenida en cuenta a efectos interpretativos también para los delitos que, como el de elaboración de pornografía infantil, no están dentro de su ámbito de aplicación, en cuanto su mera

existencia impide ya rechazar de plano la validez del consentimiento del menor. De ello dedujo la Audiencia Provincial la atipicidad de la conducta.

En resumen, creo que no debería aplicarse el art. 189.1 Cp a quien elabore con un menor de 18 años, pero mayor de 16, material pornográfico para el propio uso, cuando el menor consienta libremente; ni a quien realice la misma conducta con un menor de 16 años, si existe consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Y tampoco creo que debiera aplicarse el delito de posesión de pornografía infantil para el propio uso del art. 189.5 Cp al sujeto al que el menor (menor de 18 pero mayor de 16, o menor de 16 pero cercano en edad y grado de desarrollo o madurez), por iniciativa propia, envía fotos o vídeos de sí mismo que puedan considerarse pornográficos, práctica que, por lo demás, ya hemos dicho que es muy común entre adolescentes. Con independencia, por supuesto, de que si el receptor, más allá de la mera posesión de ese material, lo difundiera a terceros sin autorización del menor, pudiera responder de un delito contra la intimidad o la integridad moral.

5 Conclusiones

Como en contra de las tendencias expansivas y moralizantes que imperan en la intervención penal en el ámbito sexual, creo que deben prevalecer los principios clásicos, como el de intervención mínima y el de lesividad, lo que supone, entre otras consecuencias, limitar el castigo a las conductas que sean idóneas para lesionar la libertad sexual como bien jurídico individual. La protección penal de los menores ha de conciliarse, además, con su derecho al libre desarrollo de su personalidad, también en el ámbito sexual, lo que supone reconocer ámbitos de libertad que se irán haciendo más

⁴⁸ Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, de 6 de junio de 2017, punto 7.

⁴⁹ Pronunciada por el Juzgado de Menores nº 2 de Valencia el 11 de octubre de 2017.

amplios progresivamente según vaya aumentando la edad del menor.

El reconocimiento de estos ámbitos debería ser, además, coherente. La referencia a diferentes edades para el consentimiento solamente es admisible si está justificada, y no lo está cuando se permiten conductas más relevantes y se prohíben otras que lo son menos.

En relación, por tanto, a los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y producción, adquisición o posesión de pornografía en relación a menores de 18 años, pero mayores de 16, deberían castigarse exclusivamente las conductas en las que ha habido violencia, intimidación, engaño o abuso, dejando fuera del ámbito penal los supuestos en que ha habido un consentimiento libre. Por su parte, en los casos en que los citados delitos involucran a menores de 16 años, la existencia de la cláusula del art. 183 bis debe tener consecuencias, excluyendo la responsabilidad penal cuando se trate de conductas realizadas con personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica (bien porque se realice una interpretación restrictiva de los tipos, bien porque se entienda aplicable la cláusula del art. 183 bis analógicamente).

Referencias

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA., (2000). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en González Cussac, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch.

AGUADO LÓPEZ, SARA., (2004). *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Tirant lo Blanch.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL., (2004) “Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Díez Ripollés, José Luis/ Romeo Casabona, Carlos M. (coord.), *Comentarios al Código*

penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL., (2021) “ La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23-16.

CABRERA MARTÍN, MYRIAM., (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gnr5>

CARUSO FONTÁN, VIVIANA., (2019). “Normalización VS. pervisión: a propósito del concepto de pornografía infantil”, en *Revista Penal*, nº 43.

CARUSO FONTÁN, VIVIANA., (2020). “La pornografía infantil en la legislación penal española. Apuntes sobre un viaje en retroceso a la superación de concepciones morales”, en Bustos Rubio, Miguel/ Abadías Selma, Alfredo (dir.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal español*, JM Bosch Editor. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0vh9.20>

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y MIR PUIG, SANTIAGO (dir.), (2011). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO., (2019). “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21-20.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, BEATRIZ., (2015). “El delito de pornografía infantil”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.

FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO., (2018). Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: la indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D”, en *Revista Penal*, nº 42.

- FERRANDIS CIPRIÁN, DANIEL y TERUEL GARCÍA, ISMAEL., (2014). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Lameiras Fernández, María/ Orts Berenguer, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2011). Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2015). Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2017). Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, de 6 de junio de 2017.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN., (2015). “Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2013). El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2016). La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 12.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2022). La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código penal, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 37.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL., (2005). Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-4.
- HAVA GARCÍA, ESTHER., (2019). Los delitos de tenencia de material pornográfico: Algunos problemas dogmáticos y otras dificultades relacionadas con su aplicación a las descargas de archivos a través de redes P2P”, en Rodríguez Mesa, María José (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN., (2007). El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 35.
- LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN., (2021). Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil”, en De Vicente Martínez, Rosario/ Gómez Iniesta, Diego José/ Martín López, M. Teresa/ Muñoz de Morales Romero, Marta/ Nieto Martín, Adán (edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un Derecho penal humanista*, BOE.
- MORALES PRATS, FERMÍN y GARCÍA ALBERO, RAMÓN., (2016). Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.)/ Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson-Aranzadi.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO., (2015). Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO., (2022). *Derecho penal, Parte especial*, 24ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración

- de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES., (2022). *Derecho penal, Parte general*, 11ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y ALONSO RIMO, ALBERTO., (2014). Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en Lameiras Fernández, María/Orts Berenguer, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS., (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2013). *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2014). Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 12.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2015). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA., (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). *Grooming y sexting: artículo 183 ter Cp*, en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter Cp, en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). Ciberacoso, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2016). *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 41. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615>
- RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ., (2009). “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA., (2015). ¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-ARANZADI.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA.,
(2019). “Pederastia y pornografía”, en
Rodríguez Mesa, María José (dir.),
*Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y
criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi.



Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria

Victims of Crime in Prison Enforcement

Santiago Leganés Gómez

Jurista-Criminólogo de IIPP Profesor Asociado Universidad de Valencia

legosan@uv.es

ORCID.0009-0009-0364-9845

Resumen

Desde hace unas décadas están aflorando los olvidados derechos de las víctimas del delito. Con las reivindicaciones de las asociaciones de las víctimas de delitos comenzaron a resurgir los derechos de las víctimas tanto a nivel procesal, como penal y penitenciario. Las víctimas están siendo recuperadas como agentes importantes a tener en cuenta durante todo el procedimiento penal. Se ha pasado de la prácticamente total despreocupación penal y penitenciaria por ellas, a contar con las mismas a efectos de indemnización, información, participación y protección. Este proceso de reconocimiento ha ido creciendo aritméticamente y ha culminado con un mayor protagonismo de la víctima en la Ley 4/2015 que regula el Estatuto víctima del delito, incluso en la ejecución penal y penitenciaria.

Palabras clave: víctima, delito, pena, prisión, reinserción.

Abstract

For several decades now, the forgotten rights of crime victims have been making a comeback. With the demands of crime victims' associations, victims' rights began to re-emerge at the procedural, criminal and penitentiary level. Victims are being reclaimed as important actors to be taken into account during the entire criminal procedure. They have gone from being almost totally disregarded in criminal and penitentiary proceedings to being taken into account for the purposes of compensation, information, participation and protection. This process of recognition has been growing arithmetically and has culminated in a greater prominence of the victim in Law 4/2015, which regulates the Crime Victim Statute, including in criminal and penitentiary execution.

Key words: victim, crime, crime, punishment, prison, reintegration.



1 Introducción

Desde la aparición del Estado la víctima del delito fue perdiendo el protagonismo que le corresponde motivado por una concepción del *ius puniendi* estatal, como potestad exclusiva de éste, que al sustituir a la venganza privada separó, definitivamente, el castigo del ofensor del interés directo y privado del ofendido, lo que trajo como consecuencia inevitable la pérdida de protagonismo de la víctima en todos los sectores del sistema punitivo.

En la ejecución penitenciaria nunca tuvo presencia la víctima, pues la finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el art. 25.2 de la Constitución española (CE) va a determinar, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre (en adelante LOGP), el sistema de ejecución penal denominado de “individualización científica” en el que todas las decisiones que se toman tienen como único destinatario al penado, lo que conlleva dejar en un segundo plano el delito cometido y el daño ocasionado a la víctima y primar, casi con exclusividad, la idea de reinserción del sujeto autor del delito (NISTAL BURÓN 2015. p.1). Pero ha de tenerse en cuenta que ciertamente la forma de cumplir la pena tiene tanta importancia como su duración, ya que existen institutos jurídico-penitenciarios que inciden notablemente sobre la situación de privación de libertad del interno (permisos, régimen abierto, libertad condicional, etc) que pueden suponer un acortamiento significativo del tiempo de internamiento efectivo. Tal como se configura nuestro sistema penitenciario, en la prisión se realiza un nuevo juicio sobre el delito en base tanto a la naturaleza y gravedad de los hechos como a la duración de la pena y valoración/pronóstico de la futura conducta del penado (aportación de otras ciencias sociales), que suponen para el penado el otorgamiento de un concreto estatus jurídico, que debe contar ciertamente con las suficientes garantías legales para él pero también para la víctima del delito.

Desde hace unas décadas están aflorando los olvidados derechos de las víctimas. El protagonismo que puede asumir la víctima desde la Ley 4/2015, que regula el Estatuto de la Víctima, es mucho mayor en lo que respecta a la ejecución penal. Este avance legal es muy positivo puesto que refuerza los derechos de las víctimas, al ofrecerles mayor apoyo y protección, así como facilitándoles los medios para contribuir a su reparación material y su recuperación personal. Podemos afirmar que este Estatuto ha ido más allá de lo exigido por la Directiva 2012/29, del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre, que establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, permitiendo que la víctima pueda recurrir resoluciones en materia penitenciaria (TAMARIT SUMALLA 2015. p.56).

2 La intervención de la víctima en los procedimientos penitenciarios

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los procedimientos y recursos ante los Juzgados de Vigilancia, establece que sólo pueden intervenir el penado o su abogado y el Ministerio Fiscal. Ni la víctima, ni la Administración Penitenciaria están legitimadas para intervenir, lo que a juicio de RACIONERO CARMONA (1999, pp. 197-198) es un defecto grave de la regulación. La primera porque no le es indiferente el modo en que cumple la condena quien le agravió, y la segunda porque sin duda tiene interés directo y legítimo en la resolución de estos asuntos, y por tanto no debería estar condenada a ser mera emisora de informes sin posibilidad de formular alegaciones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de septiembre de 1995 rechazó la legitimación de la Administración Penitenciaria como parte en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia. Por lo que se refiere las partes procesales intervinientes en la causa penal, con excepción de las mencionadas (penado y Ministerio Fiscal) sea la acusación particular, sea la acusación popular si se hubiere ejercido, no están legitimadas para recurrir las

decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP). En contra de este criterio, se manifiestan varios autores como es el caso de TAMARIT SUMALLA et al (2005, p.252), que entiende que tal exclusión resulta difícilmente justificable porque la intervención del perjudicado por el delito no se debe limitar sólo a obtener una sentencia favorable, sino que debería tener derecho a que se pueda hacer “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como uno de los efectos de la intervención de los particulares en la Justicia. No es suficiente defender que los “intereses de terceros tan sólo pueden consistir en el interés general en que se cumpla la Ley, y promoverlo es precisamente función específica del Ministerio Fiscal”, como bien dice ASENSIO CANTISAN (1987, p.158). Por todo ello, tiene razón LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1988, p.152), cuando afirma que, por la misma razón habría que negar entonces el ejercicio de la acción penal en todo proceso por parte de los particulares perjudicados e incluso no perjudicados por el delito. Así pues, no puede negarse un interés legítimo en el perjudicado por el delito para que la ejecución penal discurra por los términos legales y reglamentariamente ordenados. Por tanto, el perjudicado por el delito debe tener derecho a exigir ante el JVP que se ejecute la pena en la forma legalmente establecida. Estamos de acuerdo con CERVELLÓ DONDERIS (2001, p.116), cuando dice que la intervención de la víctima o perjudicado en la ejecución se ha de tomar con suma cautela para evitar un envilecimiento de la ejecución de la prisión.

Pensamos que es la mínima vía de intervención que se puede dejar a la víctima y si bien se aducen razones en contra, como la posible venganza de la misma, aquí hay que recordar que el art. 24 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, aún vigente ya preveía que se debía oír al perjudicado en el expediente de indulto.

Con la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se produjo un cambio importante en cuanto a la participación de la víctima en los

procedimientos penitenciarios que establecía que en determinadas situaciones se oír previamente al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Pero no indicaban cuáles eran las demás partes, podría ser la víctima, la acusación particular o popular; sin embargo, no lo indican de forma clara, si bien la LO 4/2015, como veremos, sí que detalla expresamente la posibilidad de que la víctima pueda interponer algunos recursos en materia de ejecución penitenciaria.

3 Participación de la víctima tras la Ley 4/2015

En el preámbulo de Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima, se indica que el Estado conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, así como facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima. En el mismo preámbulo se mantiene que la regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.

La participación de la víctima en la ejecución penal que le otorgó la LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que como dice NISTAL BURÓN (2015, p.7),

podemos calificar de pasiva, se amplía ahora con esta Ley 4/2015 a un protagonismo activo de la misma en dos niveles, en los términos establecidos en el art. 13¹ de la citada Ley: como participación activa directa se legitima a las víctimas para impugnar determinadas resoluciones judiciales de la fase de ejecución y como participación activa indirecta, cuando en el apartado segundo, se atribuye a las víctimas legitimación para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas previstas por la Ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; así como para facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el decomiso que hubiera sido acordado.

Siguiendo al citado autor, la participación activa de la víctima en los procedimientos del JVP en materia de ejecución penitenciaria se puede producir por un doble cauce directo e indirecto (NISTAL BURÓN 2015, p.7).

1. Como protagonista directa. En la ejecución de la sentencia condenatoria, la participación de la víctima se circunscribe a la posibilidad de recurrir las resoluciones del JVP penitenciaria solamente en los tres supuestos del art. 13 de la Ley 4/2015, es decir, cuando las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del art. 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el JVP autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del

penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos de: homicidio, aborto del art. 144 CP, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, trata de seres humanos.

b) El auto por el que el JVP acuerde, conforme a lo previsto en el art. 78.2 del CP, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal (DELGADO, 2023).

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del art. 36.2 CP o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Antes de que el JVP tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 del art. 13, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del art. 5 de esta Ley. La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del citado plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de

¹ Este artículo acogió una enmienda técnica en el Senado. Ha sido la única de las votadas en la cámara baja que no se ha aprobado por unanimidad. La oposición no tenía nada que objetar al espíritu general de la norma, pero sí al artículo 13, coincidió en tener en

cuenta a las víctimas pero dudó de concederles tantas atribuciones y temió que en realidad se vaya a dificultar la reinserción de los penados

quince días desde dicha notificación. Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado, pero el recurso debe estar firmado por abogado (SERRANO, MASIP 2015. p.140; DAZA BONACHELA 2014. p.3).

2. Como protagonista indirecta. Según lo dispuesto en el apartado 2, párrafo primero del art. 13, las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima, pueden ser cualquiera de las medidas no privativas de libertad como por ejemplo la libertad vigilada (arts. 105 y 106 CP) (SERRANO, MASIP 2015. p.140).

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

En cualquier caso, la participación activa de la víctima en la ejecución penal, tanto directa como indirecta, exige que la misma haya solicitado, que se le notifiquen las resoluciones susceptibles de impugnación [art. 5.1 letra m) de la Ley 4/2015], aunque no es necesario que se hubiera mostrado parte en la causa y tampoco que la víctima sea asistida de abogado esto último, según MANZANARES SAMANIEGO (2014. p.14), no tiene mucho sentido. Este mismo criterio es mantenido por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de esta ley, al manifestar que “las víctimas que deseen intervenir en la ejecución debería constituirse en parte, asistidas de letrado y representas

por procurador (...). Por otra parte, no puede desconocerse la disfunción que la notificación a las víctimas podrá ocasionar en el procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (...). Por ello, la notificación a la misma de las resoluciones del art. 13 causará una dilación en el procedimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria”².

4 La responsabilidad civil derivada del delito

Encontramos antecedentes sobre la satisfacción de la responsabilidad civil durante la ejecución penal de la pena en el CP de 1928 en su art. 169, y en el CP de 1970 en su art. 114, en los que se hacía referencia a la obligación legal de destinar parte de las ganancias obtenidas en prisión al pago de aquella (GARCÍA ALBERO, y TAMARIT SUMALLA 2004. p.115). Pero ni en la LOGP ni en el Reglamento Penitenciario (en adelante RP) existían disposiciones referentes expresamente a la reparación del daño a las víctimas como elemento central para calibrar la evolución en el proceso resocializador del victimario (MAPELLI CAFFARENA 1995. Pp.277-303).

La LO 7/2003, de 30 de junio, exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado y la libertad condicional, por lo que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de clasificación debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito

² CGPJ, Informe al Anteproyecto de Estatuto de la víctima, págs. 34-37

si no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, singularmente, cuando el penado hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Estamos de acuerdo con ARRIBAS LÓPEZ (2007. p.51), cuando dice que la exigencia del pago de la responsabilidad civil derivada del delito y que tal requerimiento sea especialmente intenso en el ámbito de la delincuencia de la denomina “criminalidad de cuello blanco”, de la delincuencia que produce especiales perjuicios en el ámbito laboral o socioeconómico .

Por tanto, la prognosis social arrojará un sentido negativo cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción. Por ello ha de entenderse que lo dispuesto en el art. 72.5 LOGP tendrá validez para aquellos supuestos en los que el sujeto solvente, total o parcialmente no haga frente a ella voluntariamente o por vía de apremio (ACALE SÁNCHEZ 2004. p.363) . Luego lo que debe exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no meramente inactiva como sujeto pasivo de una investigación patrimonial.

Así pues, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva

que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez.

Está claro que desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que quien delinque y repara (FARALDO CABANA 2004. p.324).

En relación a la obligación de tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado y en libertad condicional, para autores como BERISTÁN IPIÑA (2003), este tipo de modificaciones son necesarias pues suponen la introducción de la restorative justice, es decir, la justicia restaurativa. Pero para TORRECILLA COLLADA(2009), esta reforma supone otra distorsión en el sistema, puesto que la exigencia del pago de la responsabilidad civil para el acceso al tercer grado, que se ha introducido con “calzador”, de forma improvisada, cuando realmente la responsabilidad civil nada tiene que ver con la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad, se ha regulado con una deficiente técnica legislativa pues lo que en principio aparece como exigencia plena en el art. 72.5 LOGP luego se matiza, y de una forma en la que se podría incurrir en la prisión por deudas abolida ya desde el Derecho Romano por la Ley Poetelia Papiria en el año 326 a.c. y que está prohibida por Tratados Internacionales suscritos por España .

Al respecto, TAMARIT SUMALLA (2005), manifiesta que si bien España con esta reforma se ha incorporado tarde al movimiento político-criminal que trata de evitar el olvido de las víctimas y de atribuir a la intervención del aparato punitivo del Estado un sentido reparador que complementa el meramente retributivo o preventivo y puesto que la justicia reparadora extiende su alcance a todas las fases del procedimiento (incluso a la ejecución penitenciaria, añadido nuestro), la fórmula legal adoptada no se adecua a las realizaciones legislativas y prácticas de mayor

interés en el Derecho comparado y resulta técnicamente defectuosa, pero aún así no es reprochable sino más bien positivo (GARCÍA ALBERO, y TAMARI SUMALLA 2004.p.115) .

Para BUENO ARÚS (2004) la introducción del factor del pago de la responsabilidad civil es: "muy adecuado que la ley vincule el disfrute de una ventaja o beneficio por parte del delincuente a que éste subsane en todo o en parte la deuda para con la víctima. (...). Si el sujeto está en condiciones de pagar la responsabilidad civil y no quiere hacerlo, su actitud es valorable, no como dato meramente objetivo de que no paga, sino como el dato sorprendente subjetivo de que negarse a pagar pudiendo hacerlo pone de manifiesto una importante falta de nivel de aptitud del sujeto para resocializarse o reeducarse en el sentido de las leyes penales y penitenciarias."³. No cabe duda que la progresión a régimen abierto, el adelantamiento de la libertad condicional y ésta misma son mecanismos penitenciarios que pueden estimular el pago de la responsabilidad civil y que la Administración Penitenciaria puede utilizar instrumentos para "influir" en la satisfacción de la responsabilidad civil. A pesar de todo lo expuesto, consideramos que lo que realmente hay que valorar no es tanto la efectiva satisfacción de la responsabilidad civil, sino la actitud del delincuente hacia la víctima para valorar cual pueda entenderse, como un elemento más, la conducta desplegada respecto a la reparación del daño (ESTEVAN DE LA FUENTE 2004. p. 28). Con satisfacer la responsabilidad civil no basta para entender que el penado ha comprendido el mal causado y que siente empatía hacia la víctima. Por todo ello consideramos oportuno implementar programas de tratamiento penitenciarios de reparación a las víctimas en la línea enunciada en el art. 90.2 CP para el adelantamiento de la libertad condicional supercualificada.

Para finalizar este apartado hemos de destacar que el CP del año 2015 refuerza la valoración de la responsabilidad civil a la hora del estudio de la libertad condicional puesto que el art. 90.4 establece que:" El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.."

5 La víctima y el tratamiento penitenciario

Según el art. 25.2 CE las penas estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del penado⁴, éstas se deben tender a alcanzar con el tratamiento penitenciario, que es el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de las indicadas reeducación y reinserción social (art. 59 LOGP). Pero en ninguna de estas actividades tratamentales se da participación activa a la víctima en esta Ley 4/2015, cuando sería razonable que esa participación tuviera lugar, al menos, en la clasificación y progresión al tercer grado de tratamiento, pues si la víctima puede recurrir el auto del JVP de concesión de la suspensión de la condena y libertad condicional más aún deberá tener esta posibilidad con el tercer grado que puede suponer la salida diaria de la prisión. Como hemos visto, en el régimen actual el control judicial de los terceros grados solo existe cuando se produce una impugnación por el Ministerio Fiscal, el penado o el abogado de éste. Por ello, hubiera

³ Entrevista *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IIPP), Cáceres, Nº 1 año 2004, págs. 5-6

⁴ SSTC 150/1991, 19/1988, 55/1996, 234/1997, 120/2000.

sido recomendable, que en esos delitos a los que hace referencia el art. 13 de esta Ley 4/2015, la víctima también tuviera un protagonismo directo en la ejecución penal que le permitiera recurrir estas decisiones, porque el Estatuto de la víctima, en este ámbito competencial de la Administración penitenciaria, solamente prevé en su art. 7.1 e) que las resoluciones o decisiones penitenciarias que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de las víctima se notifiquen a éstas (NISTAL BURÓN 2015. p.8) . Hubiera sido acertado que las autorizaciones del JVP de permisos de salida para los clasificados en segundo grado fuesen susceptibles de poder ser impugnada por la víctima para los delitos indicados en el art. 13.

Se dice que la orientación resocializadora de la pena se podría ver comprometida seriamente, en la práctica, con una participación activa de la víctima en la ejecución penal (TAMARIT SUMALLA 2015. p.56) pues dicha intervención tendría como efecto aumentar el número las denegaciones de beneficios penitenciarios y liberaciones y endurecería las condiciones a que se subordina su concesión, lo que repercutiría negativamente en las expectativas de reinserción del penado, objetivo de la pena, que debe prevalecer tras la sentencia. Pero una eventual intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria está justificada en la medida en que esta intervención contribuye a la reinserción social del delincuente, que es el fin principal de la pena, mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal causado y la reparación, en la medida de lo posible, de los perjuicios materiales y morales provocados (NISTAL BURÓN 2015. p.10).

La ejecución penitenciaria de la pena debe posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de "responsabilización" por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño, ello conferiría sentido al

paradigma de reintegración comunitaria del victimario (SUBIJANA ZUNZUNEGUI 2005. p.6).

Según GARCÍA ALBERO, y TAMARIT SUMALLA 2004. p.114) ninguna referencia contenía la legislación penal y penitenciaria a la reparación del daño una vez iniciada la ejecución de la pena privativa de libertad (...). El legislador de 1979, preocupado absolutamente por erigir un sistema orientado a la reinserción social del delincuente, en ningún momento tomó en cuenta aspectos de la ejecución penal relacionados con los intereses de la víctima y con la reparación. Ello se expresa especialmente en lo relativo al tratamiento. Con todo, el marco normativo es suficientemente amplio como para haber permitido el desarrollo de programas que tienen entre sus objetivos promover en los internos una sensibilidad hacia las víctimas o un trabajo de la empatía (TAMARIT SUMALLA 2004. p.114).

El art. 59 LOGP establece que el tratamiento pretende hacer del penado una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir a sus necesidades, procurándose que desarrollen una actitud de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general. Por tanto, el factor asumir la responsabilidad comprende lógicamente la reparación del daño y/o la satisfacción de la responsabilidad civil. En relación con este tema el art. 33.1.d LOGP al regular el trabajo penitenciario dispone que la Administración Penitenciaria debe de procurar que los internos "contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento del resto de sus obligaciones", y no cabe duda que una de ellas es la responsabilidad civil derivada del delito (GARCÍA ALBERO, y TAMARIT SUMALLA 2004. p.280), con lo cual el penado podría satisfacerla con los ingresos ocasionados por su trabajo durante la ejecución de la pena siempre y cuando tengan el carácter de

embargables o si él voluntariamente quiere proceder al pago.

Por tanto, si bien la clasificación y tratamiento penitenciario se centra en la personalidad del victimario, es necesario tener en cuenta como criterio resocializador del mismo la actividad reparadora a la víctima (SUBIJANA ZUNZUNEGUI 2000. p.132). El requisito del pago de la responsabilidad civil constituye una variable a ponderar, junto con el resto de variables clasificatorias, en los supuestos de clasificación en tercer grado y libertad condicional. Tal variable hace referencia al aspecto de la personalidad del acusado relativo a su actitud o posición frente al delito, y comporta la plena asunción de la responsabilidad delictiva y una inequívoca voluntad de reparación del daño causado por el delito, materializada en el esfuerzo dirigido a su reparación.

Como bien dice CERVELLÓ DONDERIS (2001), desde una perspectiva resocializadora en el sentido constitucional este requisito no debe obstaculizar la reinserción, de lo contrario se estará manteniendo una interpretación de la responsabilidad civil incompatible con el mandato constitucional. Por ello la finalidad de la satisfacción de la responsabilidad civil encaja claramente dentro de la prevención especial recogida en el art. 25.2 CE, puesto de lo que se trata es de lograr que el penado asuma la responsabilidad por el delito cometido como una prueba más de su intención de reinserción ante la sociedad. Si por otro lado según el art. 59 LOGP “el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social”, no cabe duda que esta “actitud de respeto” no se alcanza en abstracto sino mediante la íntima ligazón con la víctima, como premisa para no generar nuevas víctimas en el futuro. Por ello si el interno continúa durante el cumplimiento de la pena con una inadecuada actitud ante las víctimas no habrá superado parte de las variables cualitativas “directamente relacionadas con la actividad delictiva” (art.

106.2 RP), de satisfacción de todos los distintos fines legítimos de la pena y no podrá acceder al tercer grado ni a la libertad condicional.

Por tanto derivar el desplazamiento de la responsabilidad civil a la vía penitenciaria le dota de un sentido tratamental que permite actuar sobre el sujeto, no sólo para facilitarle los medios para cumplirla en casos de insolvencia (CERVELLÓ DONDERIS 2001), (por ejemplo, facilitándole trabajo remunerado en los talleres productivos en el interior del centro penitenciario o en el exterior en caso de poder salir al estar clasificado en 3º grado o 2º con aplicación del art. 100.2 RP), sino también para motivarle que debe satisfacerla como un paso más a su reinserción.

Estamos de acuerdo con que la interpretación de la satisfacción de la responsabilidad civil debe interpretarse como una propuesta que reviste una vital importancia porque no sólo refleja un sentido flexible, educativo y resocializador del cumplimiento de la responsabilidad civil, sino que está abriendo el camino a un contenido específico del tratamiento penitenciario de los delitos patrimoniales que han sido tradicionalmente los más olvidados entre los tratamientos específicos desarrollados en el ámbito penitenciario (CERVELLÓ DONDERIS 2001).

Desde el punto de vista del penado, la justicia reparadora aumenta las posibilidades de éxito del tratamiento penitenciario. Favorece la sensibilización sobre las consecuencias del delito, el desarrollo de la empatía y la asunción de responsabilidad, sirviendo como contrapeso de las estrategias de neutralización o de las distorsiones cognitivas que constituyen uno de los principales obstáculos para la adopción de actitudes prosociales.

Esta posibilidad que ofrece la justicia restaurativa, cuyos servicios en favor de la víctima están, asimismo, diseñados y previstos en el Estatuto de la víctima no es contraria a una intervención directa de la víctima en la ejecución penal en los términos que regula el citado Estatuto, sino que puede ser complementaria, pues permite ajustar los

niveles de intervención de la víctima del delito en la fase de ejecución penitenciaria a la debida implementación de los avatares del régimen impuesto al penado (NISTAL BURÓN 2015).

6 La mediación penitenciaria

La mediación con la víctima real aporta un valor añadido respecto a otras intervenciones terapéuticas basadas en víctimas análogas o en programas de sensibilización hacia víctimas genéricas, aunque debe recordarse la universalidad propia de una buena práctica de la justicia reparadora, que permite aplicarla a delitos sin víctima o en aquellos casos en que ésta rechace participar en el proceso.

La mediación penal víctima-infractor es un proceso en el que la víctima y el infractor se reúnen cara a cara (si es posible) con un mediador. Ambos conversan sobre el incidente, la víctima puede hacer preguntas y recibir información, además de expresar sus sentimientos. Las víctimas obtienen una sensación de cierre con respecto al incidente de liberar su "ira" y otras emociones (DEL VAL 2008).

Los infractores consiguen ver a sus víctimas como personas y no sólo como objetos aleatorios. Tienen la oportunidad de responsabilizarse, reducir la vergüenza dañina y hacer la restitución. Como parte del programa, el mediador se reúne con la víctima y el ofensor por separado antes de una sesión conjunta, les explica el proceso, analiza las posibilidades de desarrollar el espacio de cada parte, prepara a cada uno en el uso efectivo de la comunicación, aclara presunciones y expectativas.

Las prácticas restaurativas, como la mediación y otras, pretenden que los infractores se responsabilicen de sus conductas. Esto es importantísimo, en el sentido de que sólo si asumen y se mentalizan que han violado una norma y han dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto. Por otro lado, porque si se logra que el

infractor valore y reconozca al menos en parte todo esto, servirá para que no vuelva a cometer el mismo o similares hechos delictivos.

Se trataría de "educar" en el sentido de hacerles comprender, vean y oigan de forma directa (a través de la víctima) que su actitud es dañosa y perjudicial y que no tienen derecho a seguir con esa actitud. Lógicamente, no todos los infractores podrán reflexionar y asumir sus conductas, pero por esta vía se puede conseguir que algunos lo hagan, reduciendo la reincidencia. La víctima va a conseguir liberarse del "rol" de víctima que le puede llegar a acompañar durante toda la vida. Se puede desahogar, expresar sus temores, angustias e ira. Puede conseguir fortaleza y seguridad, lo mismo que la comunidad, pues a través de estas herramientas como la mediación, los daños que se han causado a la víctima y que también repercuten en la sociedad pueden repararse y/o disminuirse de forma considerable.

Los principios jurídicos básicos del tratamiento penitenciario muestran un apreciable grado de concordancia con los de la mediación, como sucede con la voluntariedad o con el carácter dinámico e incentivador de sistema de cumplimiento y el estímulo de la participación del interno en el tratamiento (FERNÁNDEZ-y LIZ. 2019).. La práctica ha demostrado que los procesos restaurativos son igualmente eficaces e incluso más, en delitos graves que en los leves (TAMARIT SUMALLA 2015. p.311).

Los procesos restaurativos como la mediación penal no deben limitarse a infracciones más leves, las víctimas de delitos graves son las que más necesitan poder recuperarse del impacto del delito y esto lo van a conseguir muchas de ellas, de mejor forma a través de la Justicia Restaurativa, teniendo en cuenta que la reparación del daño para la mayoría de ellas no solo es material sino también moral y psicológica (DOMINGO DE LA FUENTE 2015).

7 El perdón del victimario

La LO 7/2003, de 22 de junio reformó la LOGP estableciendo en el art. 72.6 que para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título V del XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se requerirá (...) que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas (...) “lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”.

Según MANZANARES SAMANIEGO (2012), los “signos inequívocos” y los comportamientos activos— “podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”. La petición de perdón es una mera formalidad de escaso valor para el pronóstico que el sistema de individualización científica demanda .

Para CERVELLÓ DONDERIS (2004), el requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos. En esta misma línea se pronuncia GARCÍA ALBERO y TAMARIT SUMALLA (2004), diciendo que la "petición expresa de perdón a las víctimas del delito" tiene connotaciones moralistas ; y además todo ello no garantiza que sea verdad. La petición expresa de perdón a las víctimas, sin embargo sí que puede alcanzar objetivos muy positivos si se enmarca

dentro de un programa de tratamiento dirigido a asumir el delito, potenciar la empatía hacia la víctima, y desarrollar la responsabilidad por el daño causado (CERVELLÓ DONDERIS 2007. p.115).

La Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en el año 2009 puso en marcha un programa de mediación para presos de ETA denominada Vía Nanclares, como un instrumento dotado a los penados por delitos de terrorismo, cuya pretensión primordial era lograr la reinserción social y la reeducación de los reclusos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 CE.

Según fuentes del Ministerio del Interior, el programa perseguía que los miembros de ETA arrepentidos tomasen verdadera conciencia de los delitos cometidos y llegasen a la convicción de que tenían que pedir perdón personalmente a las víctimas por el daño que les han hecho. Si el proceso concluía satisfactoriamente, el mensaje se le trasladaba a la víctima para que decidiera si quiere recibir ese perdón o no. En el Centro Penitenciario de Nanclares participaron en este programa entorno a una decena de internos. Los resultados, según estas mismas fuentes, fueron muy positivos ⁵.

Es de lamentar que trascurridos más de diez años este programa no se haya reeditado, quizá porque se considere que ya no es necesario después de anunciar ETA el cese definitivo de la lucha armada, pero hay que tener en cuenta que todavía hay muchos miembros de la misma en prisión, además de otros grupos terroristas y de un número creciente de penados que forman parte de otras organizaciones delictivas a quienes les podría ser útil este programa para su reinserción social.

⁵ Con más detalle de la vía Nanclares se puede seguir el libro *Los ojos del otro: Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. Autores: Esther Pascual, Alberto José Olalde, Francisca Lozano, José Luis Segovia, Julián Carlos Ríos, Eduardo Santos y José Castilla, y la viuda de Juan Mari Jáuregui, Maixabel Lasa. La publicación narra, de la mano de algunos de sus

protagonistas, los entresijos de los encuentros restaurativos celebrados entre presos disidentes de ETA y afectados, ya sea directos o familiares, por el terror ejercido durante décadas por la banda. El libro se centra en catorce encuentros organizados entre 2011 y 2012

8 La protección de las víctimas

Para finalizar es oportuno hacer referencia a la relación víctimas de la violencia de género con la Administración Penitenciaria. Establece el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reformado por la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, en su apartado nueve:” La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria”.

Por tanto, la Administración penitenciaria, tiene que comunicar a las Oficinas de Atención a las Víctimas las salidas al exterior (permisos, régimen abierto, libertad condicional) o de la excarcelación definitiva de la persona condenada.

9 La orden de protección europea (OPE)

La protección activa de las víctimas de delitos en la Unión Europea (UE) tiene desde hace tiempo una gran preocupación, como demuestra la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que fue revisada por Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, particularmente en los procesos penales. El instrumento aprobado fue la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 que insta la Orden Europea de Protección (OEP, en adelante). Posteriormente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, estableció las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Las medidas de protección tienen efectividad mientras la víctima se encuentra en el país en el que se ha dictado la medida, pero la pierden cuando la persona se traslada a otro país de la UE para vivir, trabajar o hacer turismo. Aquí se produce un importante vacío que puede ser aprovechado por determinados agresores para perseguir a sus víctimas allí donde éstas se encuentren. Este vacío es el que ha pretendido llenar la OEP, por tanto ésta es útil para garantizar eficacia extraterritorial a las medidas de protección de las víctimas, y con ella se pretende asegurar y compaginar la integridad física y la libertad de movimiento de las víctimas, tanto de las de género como de cualquier otro tipo dentro de la UE.

La OEP es un mecanismo de cooperación entre los distintos Estados orientado a garantizar la protección de las víctimas en la UE. Consiste en una resolución que emite la autoridad de un Estado miembro que ha adoptado una medida de protección a favor de una persona, contra posibles actos delictivos de otra, para que una autoridad de otro Estado miembro de la UE adopte una medida de protección similar (principio de dependencia o de necesidad de la existencia de una medida de protección con arreglo al ordenamiento nacional RODRÍGUEZ LAINZ 2012. p.7)) conforme a su propio Derecho con el fin de mantener la protección de la persona en el territorio de ese Estado (CARRASQUERO CEPEDA 2014. Pp.91-114; MOLINA MANSILLA 2012).

En la OEP se incluyen tanto las situaciones en las que ha existido un procedimiento penal, como aquellas otras en las que habiéndose podido iniciar este tipo de procedimiento, éste no se ha entablado. Es importante destacar que la OEP es una resolución penal adoptada por el Estado de emisión, según su legislación nacional, por la que se impone a una persona causante del peligro las prohibiciones o restricciones del art. 5 de la Directiva, que constituye el contenido de la OEP (LADRÓN DE GUEVARA 2013). Es preciso que las citadas medidas hayan sido dictadas con la finalidad de proteger a la víctima y a sus

familiares, frente a futuros ataques que procedan del delincuente. Por el contrario, no se puede adoptar la OEP cuando la finalidad de la medida de vigilancia o control impuesta al delincuente se dirige a su rehabilitación o reinserción social.

La OEP no significa la institución de un título válido en todo el territorio de la UE. Es una medida de eficacia territorial limitada, que, aparte del Estado de emisión, no irá más allá de aquellos Estados en los que se tenga constancia o se preverá vaya a desplazarse la víctima. No existe por tanto un instrumento jurídico que dictado por un Estado miembro de la UE desplegara su eficacia en todo el territorio de la Unión. La autoridad nacional emite una orden europea para un Estado miembro concreto o para un conjunto de ellos, siempre bien precisados (BLANCO MORALES 2014).

La Directiva no supone que los Estados impongan ni reconozcan idénticas medidas de protección, sino que han de reconocer la necesidad de protección de la víctima. Debe constatarse una decisión por parte de la víctima de residir en un Estado distinto al de dictado de la medida de protección; o al menos de permanecer en éste durante un tiempo (RODRÍGUEZ LAINZ, 2012. p.8).

Así pues si encontrándose en España las víctimas expresan su intención de trasladarse a otro Estado miembro de la UE deberán ser informadas de su derecho a solicitar la emisión de una OEP de conformidad con lo regulado en los arts. 133 a 137 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE (SERRANO MASIP 2015. p.86). El art. 16 de la indicada ley establece que el reconocimiento y ejecución por las autoridades españolas de las órdenes o resoluciones europeas se realizarán sin más trámites que los establecidos en el mismo y en el plazo previsto para cada caso.

La ejecución de una OEP en España está regulada en los arts. 138 a 142 de la citada ley. El art. 138 fija un trámite previo de audiencia del Ministerio Fiscal por plazo de tres días.

Transcurrido el cual, la OEP se reconocerá sin dilación y el Tribunal adoptará una resolución en la que imponga cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida. No obstante tanto la medida de protección que se adopte por el Juez o Tribunal español, como la que pueda acordar posteriormente en caso de incumplimiento, “se ajustarán en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión” (BLANCO MORALES 2014).

La resolución deberá revestir forma de auto (art. 138.4), además, deberá contener las instrucciones oportunas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por el cumplimiento de las medidas recogidas en la orden de protección, así como para su inscripción en los registros que correspondan. El procedimiento de ejecución vendría dado por la notificación y ejecución de la orden de protección. Tiene que notificarse inmediatamente la orden a las partes, a la víctima y a las administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas de protección acordadas, para lo que es necesaria una coordinación administrativa. También, debe informarse permanentemente a la víctima, sobre la situación procesal y penitenciaria del agresor. Dicha orden de protección, se inscribirá en el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica.

Por tanto, cuando esté ingresada en una prisión española una persona que tenga aplicada una OEP, la Administración Penitenciaria deberá comunicar sus excarcelaciones (permisos de salida, pase a régimen abierto, en libertad condicional o definitiva) a las Oficinas de Atención a la Víctima para que éstas informen a la respectiva víctima de estas situaciones.

10 Conclusiones

Como hemos visto, con las reivindicaciones de las asociaciones de las víctimas de delitos comenzaron a resurgir los derechos de las

víctimas tanto a nivel procesal, como penal y penitenciario. Las víctimas están siendo recuperadas como agentes importantes a tener en cuenta durante todo el procedimiento penal. Se ha pasado de la prácticamente total despreocupación penal y penitenciaria por ellas, a contar con las mismas a efectos de indemnización, información, participación y protección. Este proceso de reconocimiento ha ido creciendo aritméticamente y ha culminado con un mayor protagonismo de la víctima en Ley 4/2015 por lo que respecta a la ejecución penal y penitenciaria.

Este avance legal es positivo puesto que refuerza los derechos de las víctimas, al ofrecerles mayor apoyo y protección, incrementado sus derechos procesales para intervenir en los procedimientos penitenciarios, así como contribuyendo a su reparación material y su recuperación personal. Pero es de lamentar que esta ley no haya recogido con mayor detalle esta intervención y además haya dejado casos en los que no se tiene en cuenta para nada su posible intervención, como ocurre con el paso del penado a tercer grado (salvo en determinados delitos graves) o cuando el penado sale de permiso de salida. Por tanto, podemos concluir afirmando que con la Ley 4/2015 se hace un mayor reconocimiento de la víctima y sus derechos, pero nos parece un proceso inconcluso puesto aunque siguen habiendo espacios penales y penitenciarios cerrados a su intervención.

En relación, por tanto, a los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y producción, adquisición o posesión de pornografía en relación a menores de 18 años, pero mayores de 16, deberían castigarse exclusivamente las conductas en las que ha habido violencia, intimidación, engaño o abuso, dejando fuera del ámbito penal los supuestos en que ha habido un consentimiento libre. Por su parte, en los casos en que los citados delitos involucran a menores de 16 años, la existencia de la cláusula del art. 183 bis debe tener

consecuencias, excluyendo la responsabilidad penal cuando se trate de conductas realizadas con personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica (bien porque se realice una interpretación restrictiva de los tipos, bien porque se entienda aplicable la cláusula del art. 183 bis analógicamente).

Referencias

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA., (2004). Terrorismo, delincuencia organizada y penas, en *Nuevos retos del Derecho Penal de la globalización*, Valencia, pág. 363
- ARRIBAS LÓPEZ, EUGENIO., (2007). Aproximación a un derecho penal del enemigo, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 253, pág. 51.
- ASENCIO CANTTISÁN, HERIBERTO., (1987). Recursos contra las resoluciones del JVP en la LOPJ". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, pág. 158
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO.,(2003). "Justicia restaurativa", *Diario El País*, el 12/01/03, pág. 13.
- BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR., (2014). La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género, *Diario La Ley*, Nº 8427, Sección Doctrina.
- CARRASQUERO CEPEDA, MAOLY., (2014). Orden Europea de Protección: un paso adelante en la protección de las víctimas, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, Núm. 2, págs. 91-114.
- CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA., (2001). *Derecho Penitenciario*, Valencia, 1ª Ed, Tirant pág. 116.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta.,(2007). "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario" dentro de la obra *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CGPJ, Madrid.
- CGPJ, (2014).Informe al Anteproyecto de Estatuto de la víctima, págs. 34-37.
- DAZA BONACHELA, MARÍA DEL MAR. (2014). "Comentario al Proyecto de Ley del

- Estatuto de la Víctima del Delito”, Noticias Jurídicas, pág. 3.
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 21, n. 37, p. 183- 211, maio/ago. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-46641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DEL VAL, MARÍA TERESA, (2008). Mediación en materia penal: ¿la mediación previene el delito?” *Revista de Mediación*, N° 50. Abril.
- DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA.,(2015). “La reforma del código penal ¿una esperanza para la mediación penal?, V Congreso internacional Sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. 10.julio.
- ESTEVAN DE LA FUENTE, GABRIEL. (2004). Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado”, *Revista de Técnicos de IIPP*, Cáceres, N° 1, pág. 28
- FARALDO CABANA, PATRICIA., (2004). Un Derecho Penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” en *Nuevos retos del Derecho Penal de la globalización*, Valencia, pág. 324.
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, JUAN. CARLOS, y LIZ-RIVAS, LENNY. (2019). Tratamiento basado en resiliencia tras escenarios de exclusión social, en; “Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades”, coord. por Emilio José García Mercader; César Augusto Giner Alegría (dir.) Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 713-724.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN, Y TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA, (2004). La reforma de la ejecución penal, Valencia. Ed.Tirant lo Blanch. pág. 115.
- LADRÓN DE GUEVARA, JUAN, BURGOS., (2013). La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley*, N° 8022, Sección Tribuna.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO., (1988)“Recursos contra las decisiones del JVP”. *Poder Judicial*, N° especial III, pág. 152.
- MANZANARES SAMANIEGO, , JOSÉ. LUIS., (2014). Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal, *Diario La Ley*, N° 8351, Sección Doctrina, pág. 14
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ. LUIS., (2012). Política penitenciaria, legislación y terrorismo, *Diario La Ley*, N° 7868, pág. 9.
- MAPELLI CAFFARENA, BORJA., (1995). La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso”, *Cuadernos derecho judicial* N° 33, págs. 277-303
- MOLINA MANSILLA, MARÍA DEL CARMEN., (2012). La protección de la víctima en el espacio europeo: La orden europea de protección”, *La Ley Penal*, Núm. 92, Sección Estudios.
- NISTAL BURÓN, JAVIER., (2015). La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario, *Diario La Ley*, N° 8555, 5 junio, pág. 1.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA., (2015). El estatuto de las víctimas de delitos, Valencia, ED. Tirant, pág. 56
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA., (2014). La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, *Revista General del Derecho Penal. Iustel*, N° 1, pág. 17.
- TAMARIT, SUMALLA, JOSEP. MARÍA, GARCÍA ALBERO, RAMÓN., RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ., SAPENA GRAU, FRANCISCO., (2005). *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª Ed.
- RACIONERO CARMONA, FRANCISCO., (1999). Derecho Penitenciario y Privación de Libertad, Dykinson, , págs. 197-198
- RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ, LUIS., (2012). La orden europea de protección”, *Diario La Ley*, N° 7854, Sección Doctrina, 9. pág. 7.

SERRANO, MASIP, MERCEDES. (2015). El estatuto de las víctimas de delitos, Tirant lo Blanch, pág. 140

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ., (2000). Las víctimas, juicio oral y sentencia, en “Las víctimas en el proceso penal”, ed. Gobierno Vasco. Vitoria, pág. 132

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ., (2005). El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 6.

TORRECILLA COLLADA, MARÍA DEL PRADO.,(2009). “Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas”. *Diario La Ley* N° 7250.



El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal

The intellectually disabled in judicial process. Special reference to criminal process

Silvia Durán Alonso

UCAM Universidad Católica de Murcia
sduran@ucam.edu
ORCID 0000-0002-5195-6825

Resumen

La Ley 8/2021, de 2 de junio, en virtud de la cual se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, implica un cambio de paradigma, al reconocer a las personas discapacitadas la posibilidad de decidir por sí mismas, frente a la anterior privación del libre ejercicio de sus derechos. Por ello, la referida Ley 8/2021 introduce en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil – de aplicación supletoria a todos los órdenes jurisdiccionales- lo que denomina “ajustes para personas con discapacidad” (artículo 7bis), a efectos de favorecer a éstas la accesibilidad al proceso judicial, a efectos de garantizar su participación en el proceso en condiciones de igualdad. Se examinarán cuáles son esos ajustes posibles, centrándonos en el proceso penal, y prestando especial atención a la figura del “facilitador”.

Palabras clave: Discapacidad intelectual, Accesibilidad, Facilitador, Proceso judicial, Proceso penal.

Abstract

Law 8/2021 by virtue of which the civil and procedural legislation for the support of people with disabilities is reformed, implies a paradigm shift, by recognizing disabled people the possibility of deciding for themselves, in the face of the previous deprivation of the free exercise of their rights. For this reason, the mentioned Law 8/2021 introduces into spanish Civil Procedure Law -of supplementary application to all jurisdictional orders- what it calls "adjustments for people with disabilities" (article 7bis), in order to favor accessibility to the judicial process, for guarantee their participation in the process under conditions of equality. These possible adjustments will be examined, focusing on the criminal process, and paying special attention to the figure of the "facilitator".

Key words: Intellectual Disability, Accessibility, Facilitator, Judicial process, Criminal process.

1 Introducción

Existe discapacidad intelectual cuando el individuo padece una insuficiencia en su capacidad para adaptarse al entorno, que le dificulta llevar a cabo actividades cotidianas, y que, en algunos casos, le lleva incluso a carecer de las habilidades necesarias para vivir de forma autónoma. Actualmente, se calcula que un 1% de la población de países desarrollados padece, en mayor o menor grado, cierta discapacidad intelectual, reflejada en “una limitación significativa en la inteligencia y en las habilidades adaptativas, que ha sido evidente con anterioridad a los 18 años de edad” (Tamarit Cuadrado, 2005, p. 664).

Cuando hacemos referencia a la discapacidad en general, y la discapacidad intelectual en particular, estamos hablando de una circunstancia eminentemente personal, que existe en determinados sujetos, y que da lugar a que, por el resto de individuos, se les perciba como diferentes, encontrándonos, por tanto, ante un hecho social, debido a que tales características personales producen una determinada percepción, normalmente como problema o dificultad, por parte del resto de la sociedad. A ello hay que añadir que la propia interrelación del discapacitado con otras personas, define en cierto modo a qué nos referimos cuando hablamos de discapacidad (Pérez Bueno, 2010).

Consecuencia de dicha doble condición de la discapacidad, desde las perspectivas personal y social, es el hecho de que su propio concepto o consideración haya ido evolucionando, y con ello, la postura que, respecto a ella, han mantenido los poderes públicos. Así, el modelo tradicional se caracterizaba por una sobreprotección legal del discapacitado, definido fundamentalmente por la necesidad de que su voluntad fuera sustituida, a la hora de adoptar decisiones de relevancia, al

basarse este sistema en una concepción médica de la discapacidad, pretendiendo así actuar conforme al mejor interés del discapacitado (García Rubio, 2018).

Este modelo tradicional es el que aspiraba a extinguir la Convención de las Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, celebrada en Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), cuyos postulados defienden una nueva forma de entender la discapacidad, basada en la dignidad de la persona del discapacitado y en el libre ejercicio por éste de sus propios derechos. Ello exigía un cambio total del sistema anterior -caracterizado por la sustitución de la voluntad del discapacitado-, por otro fundamentado en el apoyo a la persona con discapacidad a la hora de adoptar sus propias decisiones. De hecho, el art. 13 CDPD hace referencia a la necesaria capacitación del personal al servicio de la Administración de Justicia, como requisito necesario para conseguir el objetivo final de libre ejercicio de sus propios derechos por parte del discapacitado, visibilizando con ello la necesidad de instar la formación de operadores jurídicos, a efectos de lograr esa mayor sensibilización necesaria en los intervinientes en el proceso.

2 Derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad intelectual

La CDPD fue ratificada por España el 2 de noviembre de 2007, si bien, no ha sido hasta la reforma introducida en virtud de la Ley 8/2021¹ en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (entre otros cuerpos legales), que se han incorporado a nuestro ordenamiento las exigencias de la CDPD. La nueva ley parte de la consideración de que toda persona, por el mero hecho de serlo, sin perjuicio de que esté afectada por una discapacidad, tiene los mismos derechos, así

¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

como las mismas posibilidades de ejercitarlos que el resto, y a tales efectos, lo que mantiene la reforma es la necesidad de proporcionar, a quién pudiere necesitarlos, los apoyos necesarios a la hora de desempeñar su capacidad de obrar, equiparando de este modo a todos los sujetos de derecho, sean o no discapacitados, siempre desde el respeto a su propia voluntad.

Este reconocimiento de capacidad de obrar en personas aquejadas de discapacidad cognitiva, cuando hablamos de intervención en un proceso judicial, nos lleva a la adquisición de la denominada “capacidad procesal” por parte de este colectivo, de la que estaban privados antes de la reforma, ya que necesariamente debían actuar a través de su representante legal, en el caso de que la persona discapacitada estuviera, además, incapacitada judicialmente. Si bien, tras la Ley 8/21, la incapacitación judicial desaparece, y con ella, la figura de la tutela respecto de personas mayores de edad, sustituyéndose por la posibilidad de designación de un curador, que deberá prestar su apoyo al discapacitado en aquéllos supuestos concretos que se determine. Esto supone que el discapacitado puede personarse, sin necesidad de representación, en todo proceso judicial. A estos efectos, la Ley 8/21 modifica el art. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo ahora que puede comparecer en juicio por sí misma toda persona física, con excepción de los menores de edad, y sin perjuicio del contenido concreto de las medidas de apoyo al ejercicio de su capacidad, en aquellas personas que las tuvieran reconocidas.

Ahora bien, pese a este reconocimiento, lo cierto es que el discapacitado intelectual, independientemente de las limitaciones que implique su grado de afectación o de los apoyos que le hayan sido asignados, se encontrará normalmente en una situación de desequilibrio respecto a los demás intervinientes en un proceso, ya que puede tener dificultades a la hora de asimilar la información necesaria para participar en el mismo en igualdad de condiciones, o es posible que le resulte complejo comunicarse o comprender las consecuencias del litigio (Álvarez Ramírez, 2020). Son factores muy

diversos los que dan lugar a que un proceso judicial genere ese ambiente que puede ser hostil o incómodo para el discapacitado intelectual: así, un lenguaje específico que puede acarrear dificultades de comprensión, la falta de información suficientemente adaptada a las especiales necesidades de la persona afectada, la complejidad de los trámites, la inmediatez de las interacciones en vistas orales, a lo que se suma, habitualmente, un trato distante o poco sensible con las especiales necesidades de este colectivo, generando todo ello incuestionables problemas de accesibilidad (Endara Rosales, 2021).

Por todo lo anterior, se percibe la urgencia de una atención especial a las personas afectadas de discapacidad intelectual, un apoyo específico, para evitar que su derecho a una tutela judicial efectiva resulte comprometido, afectado, o directamente negado (Pérez Bueno, 2010), toda vez que, en definitiva, nos encontramos ante una serie de necesidades a las que debe hacerse frente de la forma más cómoda posible para el discapacitado, y a estos efectos es imprescindible tomar en consideración que el discapacitado intelectual está generalmente afectado por una serie de limitaciones, debiendo tomarse en cuenta tanto las relativas a su vida diaria, como las debidas a la propia discriminación social que tales limitaciones pueden generar

Y es que, efectivamente, es más que probable que el discapacitado intelectual, por el mero hecho de serlo, perciba que está en una situación de desigualdad, derivada de su propia discapacidad, al encontrarse inmerso en un proceso judicial, que le generará una inevitable sensación de inseguridad y frustración derivada del desconocimiento sobre cómo debe afrontar dicho proceso o actuar en el mismo. En resumen, estas personas, si se ven en la necesidad de intervenir en un proceso judicial, parten de una situación de desequilibrio evidente, que restringe sus posibilidades de actuación. Es por ello que, en efecto, precisan una especial protección por los poderes públicos, ya que nos encontramos ante un problema de accesibilidad a un servicio público, como es la justicia, que hay que resolver. Y es que la falta de la necesaria

adaptación del proceso a favor de personas con discapacidad equivale a su privación *de facto* del derecho de acceso a la justicia, con la consecuente indefensión que ello supone.

Así, siguiendo a Pau (2020), en un Estado de Derecho, los organismos públicos y, entre ellos, la Administración de Justicia, deben actuar conforme al principio de cuidado que implica el trato a cada ciudadano conforme a sus necesidades concretas, siendo necesario extender este principio a la aplicación de las leyes, y consecuentemente, a la actividad que se desarrolla dentro de un proceso judicial, ya que en esta especial situación, el discapacitado intelectual requerirá, sin duda, de orientación y ayuda, necesidad a la que debería hacerse frente con actitudes de acogimiento y cercanía.

3 Accesibilidad al proceso judicial a favor de personas con discapacidad intelectual en nuestro derecho positivo

Ya se ha indicado que la discapacidad intelectual puede dar lugar a múltiples barreras de accesibilidad, ya sean de comunicación o de comprensión, barreras que pueden ser determinantes cuando nos encontramos ante situaciones especialmente regladas, que pueden generar escenarios que resulten, en cierto modo, rígidos o difícilmente comprensibles, máxime si van acompañadas de un lenguaje especializado, que puede resultar oscuro a personas ajenas, tal sucede con la Administración de Justicia (De Lorenzo et al., 2021). En estos casos, las personas afectadas de un deterioro cognitivo tienen un mayor riesgo de encontrarse en una situación de vulnerabilidad, siendo, por ello, necesaria la adaptación del entorno a las especiales circunstancias de la persona (Alía Robles, 2020), ya que, de lo contrario, podría generarse indefensión.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas

Discapacitadas ya dispuso la posibilidad de que personas afectadas por alguna discapacidad pudieran presentar las oportunas reclamaciones en materia de no discriminación y accesibilidad universal, por medio de un sistema arbitral, cuyo fin último era evitar la judicialización de los conflictos, fijando además una peculiar regulación en materia probatoria (Ganzenmüller, 2007).

Herederos de dicho texto legal es el actualmente vigente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que da lugar al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, cuyo principal objeto consiste en “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos (...)”². A tales efectos, aboga en su artículo 6 a favor de que las personas discapacitadas adopten libremente sus propias decisiones, estableciendo para ello el deber de los poderes públicos de promover las medidas oportunas dirigidas a esta finalidad, facilitándoles el ejercicio de sus derechos en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos (artículo 7.2). En idéntico sentido, dispone de forma expresa el derecho de todas las personas con discapacidad a “participar plenamente en todos los aspectos de la vida”, para lo cual las administraciones públicas están obligadas a adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que aquéllas pueden acceder libremente y en igualdad de condiciones a cualquier servicio público, y esto incluye, evidentemente, el ejercicio de su derecho a una tutela judicial efectiva y consecuente intervención, en igualdad de condiciones, en un proceso judicial. De hecho, el art. 5 del mismo cuerpo legal defiende que esas necesarias medidas en garantía de la igualdad, no discriminación y accesibilidad

² Artículo 1 a) del referido texto legal.

que se establecen, serán aplicables, también, a la Administración de Justicia.

En esta línea, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido objeto, por medio de la Ley 8/2021 de diversas modificaciones, dirigidas a facilitar la accesibilidad al procedimiento judicial, a fin de asegurar que, en todos aquellos procesos en los que deba intervenir una persona discapacitada, se lleven a cabo aquellas adaptaciones y demás “ajustes necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad”, empleándose para ello un “lenguaje claro, sencillo y accesible” y asegurando, consecuentemente, la asistencia o apoyos necesarios (artículo 7bis). Respecto a dicho precepto, se expone en el Preámbulo V de la Ley 8/2021 que se debe favorecer la accesibilidad en todos aquellos procedimientos en que intervengan personas con discapacidad, “con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta” favorecimiento que deberá llevarse a cabo “en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación”. En este sentido, si bien la literalidad del art. 7.1bis solo permite que sean las partes –incluyendo al Ministerio Fiscal-, o el propio Tribunal, de oficio, los que puedan instar estas adaptaciones o ajustes, de modo que el discapacitado solo podría solicitarlos siendo parte, lo cierto es que, según se ha indicado, el Preámbulo de la Ley 8/2021 parece considerar que la persona con discapacidad estaría legitimada para ello, independientemente de su carácter procesal –es decir, aun siendo testigo o tercero-. En consecuencia, parece apropiada una interpretación amplia, a estos efectos, del art. 7bis LEC, de modo que el discapacitado que, en virtud de cualquier título, intervenga en el proceso, pueda interesar estas adaptaciones (Fernández de Buján, 2022).

Asegurar derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad supone la necesidad de adaptar el procedimiento, como medio para ejercitar ese derecho, a través de un juicio imparcial. Para hacer efectivo este derecho, habrá que estar a los caracteres

propios de cada tipo concreto de discapacidad. En concreto, si estamos ante una discapacidad cognitiva, será necesario emplear un lenguaje sencillo y fácilmente comprensible por la persona afectada. Esta obligación de dar accesibilidad al proceso a toda persona con discapacidad, haciendo las adaptaciones o ajustes necesarios, afecta a todos los órdenes jurisdiccionales –civil, penal, contencioso-administrativo o social- (De Lorenzo García, 2019).

4 Primera barrera que dificulta la accesibilidad al proceso judicial: el lenguaje jurídico. Las sentencias de lectura fácil

Cuando hablamos de “lenguaje jurídico”, nos referimos al empleado por juristas, como abogados o jueces, que tiene un indudable carácter especializado o técnico, permitiendo la comunicación eficaz entre operadores jurídicos. Este lenguaje, necesario, por otra parte, ya que toda ciencia tiene su jerga propia, sin la cual es difícil referirse con fluidez a determinadas figuras o situaciones, lo cierto es que presenta una barrera comunicacional cuando el justiciable es una persona afectada por un deterioro cognitivo. Por ello, y en atención al necesario esfuerzo para hacer la justicia más accesible en estos casos, según se desprende, además de las previsiones legales referidas, los operadores jurídicos tienen la obligación de adaptar este lenguaje técnico o especializado que se emplea habitualmente ante los Tribunales, expresándose de una forma más sencilla y clara, adaptada a las posibilidades de comprensión del discapacitado intelectual, asegurándose de que éste comprende el alcance de sus derechos y obligaciones, así como los efectos o consecuencias del propio proceso y de sus actuaciones durante el mismo (Mariel Ferrero, 2021).

Este posible ajuste necesario en el proceso, consistente en adaptar el lenguaje empleado si en el mismo interviene una persona con discapacidad es, en principio, una medida que no resulta gravosa en exceso, ni complicada

de adoptar, bastando con que los restantes intervinientes en el proceso y, en especial, el tribunal, tomen conciencia de ese derecho a comprender que corresponde a todo justiciable, con independencia de su condición (Arenas Arias, 2018). Conforme a estas premisas, redactan Sancho Gargallo y Alía Robles (2019, p. 4) una guía práctica dirigida a los jueces, en la que defienden la necesidad de que éste se exprese, en presencia de una persona con deterioro cognitivo, “con la mayor claridad y sencillez posible”, evitando emplear un lenguaje técnico en exceso, colocándose “en una posición de simetría con la persona que explora”, si bien también debe evitarse un trato excesivamente infantil o condescendiente. Debe ser, ante todo, cordial, así como directo y sencillo.

En esta línea de conseguir que el lenguaje jurídico sea más accesible, destaca la figura que ya está siendo conocida como “sentencia de lectura fácil”, cuyo precedente lo encontramos en la pionera sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de 16 de octubre de 2013, que incluye, junto a la resolución oficial, una sentencia en lenguaje adaptado para el discapacitado -se trataba de un procedimiento en que se establecían apoyos a favor de un joven con Síndrome de Asperger- (Cubero Flores, 2020). También encontramos hace algunos años ejemplos de estas sentencias en formato de “lectura fácil” en Argentina, a fin de adaptar al destinatario el contenido y los efectos de la misma. Así, “la lectura fácil es una modificación que se introduce en el formato tradicional de las sentencias para lograr que la persona con discapacidad pueda acceder de primera mano a su contenido, del mismo modo que podrían hacerlo otras personas” (Fernández Mele,

2015, p. 48). Estas resoluciones se caracterizan por su redacción directa, empleando frases cortas y evitando tecnicismos.

Dado el resultado positivo de la experiencia, no tardó esta figura de ser importada, siendo, precisamente precursores en Europa los tribunales españoles, concretamente el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que, en un primer momento, instó este método de sentencias de lectura fácil para facilitar su comprensión por personas afectadas de una discapacidad cognitiva, a través de los Juzgados de Familia de Oviedo, extendiéndolo después al orden Contencioso-Administrativo³. Encontramos también ejemplos en la Audiencia Provincial de Madrid, concretamente en su 517/2018⁴, dictada en el orden jurisdiccional penal, en un procedimiento por delito de estafa, cuya víctima era un discapacitado intelectual. En este caso, los magistrados aplicaron el programa de Lectura Fácil en colaboración con la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual⁵. En esta línea, la base de datos de acceso público del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), con funciones de difusión de la jurisprudencia emanada de los tribunales españoles, permite desde noviembre 2020 la consulta de este tipo de resoluciones judiciales en dictadas formato de lectura fácil⁶, todo ello dentro del acuerdo de colaboración existente desde octubre de 2018 entre el CGPJ y la organización Plena Inclusión España. Una gran iniciativa en aras de esa pretendida accesibilidad total de las personas con discapacidad intelectual al proceso judicial.

³ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Asturias/En-Portada/Asturias-adapta-la-lectura-facil-por-primera-vez-en-Espana-una-sentencia-del-orden-Contencioso-Administrativo--->

⁴ Roj: SAP M 10498/2018.

⁵ <https://elrinconlegal.com/dictada-la-primera-sentencia-de-lectura-sencilla-para-que-la-entienda-una-victima-con-discapacidad/>

⁶ https://www.poderjudicial.es/porta/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=56797c88264f5710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfimt=default&vgnnextlocale=es_ES

5 El discapacitado intelectual ante el proceso penal

5.1 El discapacitado intelectual como investigado

En primer lugar, debe tenerse en consideración que, en el orden penal hay muchas actividades procesales, al margen del acto del juicio oral. Así, hay múltiples diligencias que se practican no solo en los juzgados, sino también en las comisarías, y por eso, los ajustes necesarios para facilitar la accesibilidad de las personas con deterioro cognitivo a la justicia penal deben extenderse también a éstas. Y es que, en la mayoría de los casos, si una persona con discapacidad intelectual se ve implicada en la comisión de un hecho delictivo, con independencia del carácter de dicha implicación, su primer contacto con la Administración de Justicia tiene lugar, precisamente, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por eso, el personal integrante de las mismas debe contar con la formación adecuada para, en primer lugar, detectar que se encuentra ante una persona con deterioro cognitivo, y a continuación, garantizar que cuente, desde este primer acercamiento, con los apoyos necesarios, haciendo además constar tal circunstancia en el correspondiente atestado, cuestión fundamental, ya que influirá en el itinerario procesal posterior (Recover y De Araoz, 2014).

De hecho, practicada una eventual detención de una persona, si se detectara que la misma está afectada de una discapacidad intelectual, habría que ser especialmente cuidadoso con la correspondiente información de derechos. Así, conforme al artículo 520.2bis LECrim, la información se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario, si bien, no se contempla la intervención de un "facilitador", ni siquiera por medio del derecho de acompañamiento, ya que éste último solo se reconoce a las víctimas, pero no a los autores. Esta

comprensión inicial es fundamental en una situación de detención, tal se desprende del artículo 520.2 LECr., que impone la necesidad de que todo detenido sea informado de forma inmediata y comprensible de los hechos que se le imputan y de los motivos de su detención. Si la información facilitada no resultara comprensible, por no haberse llevado a cabo los ajustes necesarios para hacerla llegar al discapacitado intelectual, nos encontraríamos ante una detención ilegal. Hasta tal punto cobra importancia esa información adecuada a las circunstancias concretas del detenido, ya que, si no le resulta comprensible, podemos estar también ante una nulidad de las actuaciones derivada de esa detención no informada adecuadamente.

Ya en fase de instrucción, todos los operadores jurídicos intervinientes (ya sean Letrados, funcionarios, etc.), deberán poner de manifiesto si detectan la concurrencia de una discapacidad intelectual en alguno de los intervinientes, con independencia de que éste sea víctima, presunto autor, o testigo, ya que sería conveniente hacerlo constar entre sus circunstancias personales (art. 493 LECr)⁷, toda vez que dicha discapacidad podría condicionar el modo de practicar las distintas diligencias de investigación, y justificar la necesidad de que el instructor y demás operadores jurídicos insten los ajustes necesarios a tal efecto. En concreto, cuando la persona afectada deba prestar declaración, deberían facilitársele los apoyos necesarios para ello, llevando a cabo, además, el interrogatorio de forma adecuada a su nivel cognitivo, asegurando que comprende la situación y evitando así una situación de indefensión injustificada (Recover y De Araoz, 2014).

Estos apoyos, que se extenderían hasta la fase de juicio oral, no están previstos de forma concreta en la LECrim., si bien está justificada su cobertura legal con la aplicación subsidiaria

⁷ “La autoridad o agente de policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes

para la averiguación e identificación de la persona o procesado o del delincuente (...)”

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la posibilidad de intervención de un facilitador, que parece, además de las adaptaciones lógicas del lenguaje cuando el Tribunal o los demás operadores jurídicos se dirijan al discapacitado encausado, el ajuste más apropiado a las especiales circunstancias de la persona afectada ya que, según veremos, una de sus funciones es, precisamente, asegurar una comunicación eficaz entre ésta y los distintos operadores jurídicos intervinientes a lo largo del proceso, para que el discapacitado pueda comprender el contenido del mismo, adaptando el lenguaje jurídico de forma que le sea accesible

5.2 El discapacitado intelectual como víctima

Respecto de las víctimas de todo proceso penal, a los perjuicios evidentes derivados del propio hecho delictivo, hay que agregar otro, inherente al proceso penal, consistente en los inconvenientes, que pueden ser más o menos serios, derivados de los requisitos y entresijos de procedimiento en el seno de la propia administración de justicia. Esto es lo que se conoce como "victimización secundaria", que, en casos de víctima con discapacidad intelectual debe intentar paliarse o evitarse en la medida de lo posible, habida cuenta que este colectivo tiene menos herramientas para desenvolverse en determinados entornos desconocidos para ellos, como puede ser un proceso judicial.

A fin de evitar estos perjuicios derivados de tal victimización secundaria, se aprobó mediante la Ley 4/2015 de 27 de abril el "Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito", que regula determinados aspectos esenciales. Así, se

reconoce a la víctima el denominado "derecho de acompañamiento", figura que ampararía, en caso de víctima con discapacidad intelectual, la intervención de un facilitador. Por otra parte, encontramos también la llamada "prueba preconstituida"⁸, respecto de delitos contra la indemnidad sexual o contra la vida, cuyas víctimas fueran menores o personas con discapacidad. También puede hacerse referencia a aquellas medidas protectoras susceptibles de ser empleadas en el acto del juicio oral (tales como colocación de biombo, o declaración por videoconferencia).

En relación al referido derecho de acompañamiento, consiste en que toda víctima en un proceso penal, puede ser acompañada durante la práctica de las diferentes diligencias que se lleven a cabo, en sede policial o judicial, por una persona de su elección, que no tiene que ser ni un familiar, ni su representante legal, ni su representante procesal –sin perjuicio de la posible intervención de éstos cuando sea necesaria-⁹. Esta previsión sí justifica, respecto de la víctima con deterioro cognitivo, la intervención de un facilitador (Cubero Flores, 2020).

Como se ha adelantado, respecto de personas con discapacidad intelectual se establece, en cuanto a sus declaraciones en fase de instrucción, la realización de las mismas como prueba preconstituida, llevándose a cabo, además, sin confrontación con el investigado. Dicha prueba preconstituida se regula en los arts. 449 bis y 449 ter LECrim, estableciendo éste último los supuestos en los que será de aplicación, teniendo carácter obligatorio cuando estamos ante tipos de especial

⁸ La ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una serie de modificaciones que suponen una mejora en el tratamiento a favor de los menores y de las personas discapacitadas que intervengan, como víctimas o como testigos, en un proceso penal, destacando esta posibilidad de que sus declaraciones en fase de instrucción se lleven a cabo como "prueba preconstituida", evitando así su reiteración en la fase de juicio oral.

⁹ Concretamente, el artículo 21 c) del Estatuto de la Víctima, dispone que "las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivada mente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma". En idéntico sentido se pronuncia el art. 433 LECrim.

gravedad, con el consecuente efecto de que el testigo ya no tendrá que intervenir, con carácter general y salvo contadas excepciones, en el acto del juicio oral. Este régimen está previsto para menores de catorce años y para personas con discapacidad necesitadas de especial protección, de modo que, concurriendo en la víctima estas características, debería llevarse a cabo la diligencia de toma de declaración del mismo como prueba preconstituida, asegurando, evidentemente, el derecho de defensa del investigado. Si bien, el art.449 ter LECrim precisa además que tal declaración debe realizarse garantizando la accesibilidad del declarante, y con los apoyos necesarios, lo que, en caso de que estuviera afectado de deterioro cognitivo, permite, aunque no lo indique de forma expresa, la intervención de un facilitador que le asista, evitando así que por la presión derivada del proceso pueda verse alterado su testimonio (Arangüena Fanego, 2022).

En lo que se refiere a las medidas de protección a adoptar en el acto del juicio oral, en la propia sala de vistas, el Estatuto de la Víctima (arts. 20 y 25) establece la necesidad de evitar la confrontación visual entre víctima y encausado, debiendo adoptarse las medidas oportunas a tales efectos, especialmente si estamos ante una persona especialmente vulnerable, como lo es una víctima con discapacidad intelectual. Para ello, se cita a la víctima con antelación a la hora señalada para la vista y se la mantiene aislada en sala o dependencia aparte, para evitar que coincida con el acusado en entrada o pasillos del tribunal. A este lugar se acudirá a buscarla cuando llegue el momento de que preste declaración, y se la hace entrar en la sala de modo que no sea vista, por la colocación de un biombo, a fin de que pueda declarar sin ver al encausado y sin que éste la vea, favoreciendo que la declaración se preste de una forma mucho más libre y tranquila (Cubero Flores, 2020).

5.3 El discapacitado intelectual como testigo

La declaración como testigo de una persona con discapacidad intelectual puede presentar ciertas dificultades, como que, por la presión del momento, ésta de pocos detalles al declarar, no entienda bien el sentido de alguna pregunta, tenga problemas para recordar si se le presiona, o presente dificultades lingüísticas, circunstancias que pueden contribuir a que se vea mermada su credibilidad, riesgos que podrían evitarse adoptando las medidas necesarias, si bien, según hemos visto, la LECrim se centra en proteger a la víctima, para evitar la referida “victimización secundaria”, y no en resolver posibles problemas de comunicación de una persona con discapacidad intelectual, que supondría asegurar que un testigo con deterioro cognitivo pudiera prestar una declaración válida y precisa, en las mismas condiciones que cualquier otra persona.

Ahora bien, la ya mencionada reforma producida con ocasión de la Ley 8/2021, introduce el artículo 7 bis LEC, susceptible, como se ha adelantado también, de ser aplicado de forma supletoria en el proceso penal y obliga a tomar en consideración las especiales circunstancias de todo interviniente en un proceso, es decir, incluyendo un eventual testigo con discapacidad intelectual –con independencia de que sea, o no, víctima-, y consecuentemente, a llevar a cabo “las adaptaciones y los ajustes necesarios” que garanticen su participación en el proceso en condiciones de igualdad, con referencia expresa a la figura del facilitador. Es decir, la regulación de la LEC extiende estos ajustes necesarios a favor de cualquier interviniente, sea o no parte en el proceso, extendiendo sus efectos a un posible testigo con deterioro cognitivo, de modo que éste, con arreglo al referido art. 7bis, tiene derecho a que se acuerden en todo caso, para facilitar su declaración, los ajustes necesarios, adecuados a sus concretas circunstancias, para así lograr que su discapacidad no suponga una barrera para el correcto ejercicio de sus funciones,

facilitándole que pueda entender su intervención y, a la vez, ser entendido por el resto de operadores jurídicos.

Respecto a los concretos ajustes que podrían llevarse a cabo, además de la intervención de facilitadores, pueden realizarse modificaciones del concreto lugar en el que se lleve a cabo el acto procesal, en especial si éste fuera la Sala de Vistas: la toma de declaración del testigo discapacitado en otra dependencia menos intimidatoria, empleando pantallas o biombos, eliminando las togas o acordando la práctica de la declaración por videoconferencia; también pueden llevarse a cabo adaptaciones del lenguaje empleado, prescindiendo del carácter técnico del mismo, haciendo preguntas directas y sencillas, y dando más tiempo al testigo para responderlas¹⁰; o acordar que la declaración del testigo discapacitado intelectual en fase de instrucción se practique con el carácter de prueba preconstituida, con todas las garantías, para no tener que reiterarla en el acto del juicio oral.

Si bien, con independencia de esta necesidad de adaptar el proceso al testigo con discapacidad intelectual, no podemos prescindir, cuando estamos en la jurisdicción penal, de la necesidad de respetar siempre y en todo caso el derecho de defensa del investigado o encausado, de modo que estos ajustes al procedimiento en favor de la accesibilidad de los testigos con discapacidad intelectual tienen, en el proceso penal, un límite en el derecho de defensa, y en el derecho a un proceso “con todas las garantías” y “a utilizar los medios de prueba

pertinentes para su defensa” que corresponden a todo encausado (art. 24 CE), de modo que los ajustes llevados a cabo en el interrogatorio del testigo con discapacidad intelectual para adaptar el proceso a las especiales necesidades de éste deben limitarse a aquéllas que no coarten las posibilidades de actuación de la defensa del acusado (Muyo Bussac, 2022), debiendo, en todo caso, facilitarse la contradicción en el interrogatorio, de modo que dicha defensa pueda dirigir al testigo las preguntas oportunas, aunque haya que formularlas de forma adaptada, o con la intervención de un facilitador, pero siempre sin coartar sus posibilidades de actuación, ya que eso supondría, también, el quebrantamiento de los referidos derechos a un proceso con todas las garantías, y a utilizar los medios de prueba pertinentes, implicando la consiguiente indefensión y con ello, la nulidad de las actuaciones.

6 La figura del “facilitador”

Según hemos visto, las características propias de las personas con discapacidad intelectual, unidas al peculiar escenario que supone un proceso judicial, llevan consigo que éstas puedan llegar a encontrarse en una situación especialmente vulnerable, dificultando el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia (De Araoz, 2018). Una de las medidas de apoyo mencionadas en el recientemente introducido artículo 7bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de la posible participación de un profesional experto, que es lo que se conoce como “facilitador”.

¹⁰ En 2018, a instancias de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) se reunió en Ginebra a un grupo de expertos con objeto de analizar el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, así como el derecho a ejercitar su capacidad jurídica. Tras esa reunión, se encargó un estudio para identificar los principios y estrategias necesarios para garantizar el tal acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Tales “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las

personas con discapacidad” (Ginebra, 2020) están recogidos en el documento accesible en <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>, y han sido refrendados por la Comisión Internacional de Juristas, la Alianza Internacional de la Discapacidad y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. El Principio 3, “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados”, hace referencia a muchos de esos ajustes indicados en el texto.

El facilitador es un profesional especializado que, si resulta necesario, interviene en el proceso de forma neutral, asesorando y/u ofreciendo a las personas con discapacidad intelectual, y a los profesionales intervinientes en un proceso judicial, los apoyos adecuados y necesarios para que dichas personas afectadas de discapacidad puedan ejercitar su derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de intervinientes (Devandas, 2020).

Por tanto, son profesionales que, si hiciera falta, habida cuenta las concretas circunstancias de la discapacidad del interviniente, colaboran con los operadores jurídicos y con personas con discapacidad, asegurando una comunicación eficaz entre ellos a lo largo de un eventual proceso judicial, para que dichas personas entiendan el contenido del proceso y tomen decisiones informadas, adaptando el lenguaje jurídico, de forma que les sea comprensible. Se caracterizan por su carácter neutral, es decir, no defienden los intereses de las personas con discapacidad, en lo que se refiere al objeto del proceso, ni deben influir en sus decisiones (Esquerdo Lull, 2021). Debido a la peculiaridad de sus funciones, puede tratarse de expertos en diferentes disciplinas, como logopedia, trabajo social, derecho o psicología (Manzano Alonso y Peral Martínez, 2019).

Respecto a sus concretas funciones, pueden ser muy variadas, tales como informar al juez de las necesidades de apoyo concretas del discapacitado intelectual interviniente en el proceso, o informar al afectado sobre sus propias competencias como facilitador; puede, asimismo, llevar a cabo tareas de pedagogía jurídica para, entre otras cosas,

persuadir al tribunal y a las demás partes de la necesidad de adoptar determinados ajustes en el procedimiento (Endara Rosales, 2021).

Es decir, la figura del facilitador no es propiamente un intérprete o perito, y tampoco hace referencia al acompañante o persona de confianza que puede estar apoyando al discapacitado durante el proceso (ambas posibilidades previstas, también, en el art. 7bis LEC), sino que, según el mismo precepto, se trata de “un profesional experto que realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida”. Además, no es una figura prevista sólo para víctimas, sino para todos los participantes en cualquier proceso judicial, con independencia del orden jurisdiccional, y aun cuando la persona afectada no tenga la condición de parte¹¹.

Respecto al orden jurisdiccional penal, si bien no se establece expresamente, la figura del facilitador puede tener encaje legal en los artículos 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 21 c) del Estatuto de la Víctima, dentro del conocido como “derecho de acompañamiento”¹², previsto para víctimas, aunque puede aplicarse analógicamente a personas con discapacidad que actúen como testigos, si bien, se da el problema de falta absoluta de previsión respecto del detenido, investigado o acusado.

Dicho facilitador llevará a cabo una función de comunicación entre el órgano judicial o policial y la persona con discapacidad. En el ámbito penal, la ejercitan de forma habitual psicólogos forenses adscritos a los respectivos

¹¹ Encontramos en derecho comparado figuras similares en orden a la solución de conflictos en los que intervengan personas con discapacidad. Así, en Suecia cuentan con la figura del defensor del discapacitado (Handikappombudsman), a efectos de asistir a personas afectadas en la resolución de un posible conflicto, o durante una mediación: en estos casos, el “Defensor” se reunirá con las partes, e intentará lograr que alcancen un acuerdo, que podrá consistir en una compensación económica, aunque no necesariamente (Fernández Zapata, 2006).

¹² El artículo 433 de la LECRIM dispone que “los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma”.

Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma (Cubero Flores, 2021).

En la práctica, encontramos que se está fomentando el empleo de esta figura de distintas maneras. Así, existe un Convenio entre el CGPJ y la Fundación a la Par, de 21 de mayo de 2019, que permite a Jueces y Tribunales nombrar un facilitador de manera sencilla y protocolizada. De igual modo, encontramos el proyecto “Servicio de personal facilitador” en la Ciudad de la Justicia de Valencia dirigido a personas con discapacidad que de cualquier modo intervengan en un proceso judicial y precisen apoyo para comprender los términos del mismo. Se pretende que el personal facilitador asegure que conocen y entienden el contenido del proceso¹³.

Generalmente, para que el facilitador pueda intervenir en el proceso es necesaria autorización judicial a tal efecto. Si bien, en la práctica esto no es, en ocasiones, tarea sencilla, ya que puede requerir solicitudes motivadas no siempre tenidas en cuenta, o bien puede autorizarse solo para el caso de que sea la parte afectada quien lleve al facilitador. Si bien, también es posible, aunque menos frecuente, que se inste de oficio la intervención de este facilitador, a petición bien del Tribunal o del Ministerio Fiscal, o incluso a propuesta de peritos o forenses. En cualquier caso, al no haberse establecido legalmente las formalidades necesarias para solicitar su intervención, dependerá la misma de cada supuesto y tribunal concreto, lo que da lugar a una situación de inseguridad con respecto a su funcionamiento y posible participación en el proceso. A ello hay que añadir que la actividad del facilitador conlleva una serie de costes: realización de informes, diseño de los apoyos concretos y empleo de materiales a tal efecto, si fuera necesario, etc. Todo ello, unido al desconocimiento general por parte de los operadores jurídicos de la existencia de esta

figura, dificulta su utilización, pese a las innegables ventajas de la misma (Endara Rosales, 2021).

Y es que las referencias al facilitador en la reciente reforma legal, aunque bienintencionadas, se revelan como totalmente insuficientes para poder implantar su utilización desde la propia Administración de Justicia, toda vez que la norma se refiere al facilitador como un elemento más en el procedimiento que el tribunal deberá permitir, pero no queda obligado ese tribunal a proporcionarlo. De este modo, aunque se admita su utilidad, no puede ser exigido, lo que impide que se le considere como un ajuste necesario del procedimiento (Martín Pérez, 2022).

7 Conclusiones

Como La concepción de la discapacidad se ha visto influida por un cambio social y jurídico, que ha desembocado en el reconocimiento de plenitud de derechos y autonomía para ejercitarlos a favor de la persona afectada. Este reconocimiento podría plantear la duda de si las personas con discapacidad intelectual necesitan de una especial consideración a la hora de intervenir en un proceso judicial, y precisan, en consecuencia, de una particular protección de los poderes públicos, en aras de evitar una situación de desequilibrio, siendo necesario responder afirmativamente, ya que estas personas pueden tener problemas de comprensión sobre el objeto o los efectos del proceso.

A estos efectos, se han introducido en la LEC herramientas de accesibilidad a favor de las personas con discapacidad intelectual, favoreciendo el empleo de un lenguaje sencillo, o permitiendo la facilitación apoyos que garanticen la correcta comprensión y comunicación. Respecto a la primera herramienta, en caso de intervinientes con discapacidad intelectual en el proceso resulta urgente que los operadores jurídicos empleen

¹³ <https://oficinavictimas.gva.es/es/altres-serveis>.

un lenguaje claro, adaptado a las circunstancias de la persona afectada: debe tomarse conciencia por aquéllos, en especial por los Jueces y Tribunales, de la necesidad de adaptar el lenguaje a la persona con deterioro cognitivo. Además, si ésta fuera parte, debería generalizarse la sentencia en formato de "lectura fácil", para hacerla más asequible a la persona con discapacidad.

Destacable también, a fin de evitar, respecto de perjudicados con discapacidad intelectual, la denominada "victimización secundaria" es la imposición, en determinados casos, de la práctica de sus declaraciones con el carácter de prueba preconstituida en fase de instrucción.

Asimismo, el artículo 7 bis LEC da amparo legal a la adopción de una serie de garantías para facilitar la declaración de un testigo con discapacidad intelectual, facilitando así la práctica de la prueba y su resultado. Ahora bien, pese a las ventajas que presenta esta nueva regulación, estas garantías de accesibilidad a favor del testigo discapacitado no deben vulnerar, en sede de proceso penal, el derecho de defensa del investigado o encausado: deben ponderarse ambos intereses adecuadamente, asegurando el oportuno equilibrio entre ambos, garantizando que los ajustes que, eventualmente, puedan llevarse a cabo para favorecer la adecuada intervención del testigo afectado por un deterioro cognitivo no vulneran las garantías del procesado, permitiéndose en todo caso a la defensa interrogar al testigo de forma que no se vean afectados los derechos de su representado, puesto que, de lo contrario, se estaría atentando contra su derecho constitucional a un proceso con todas las garantías.

Por último, expresamente se establece en el art. 7bis LEC la participación de un profesional experto que garantice que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida, figura que se conoce como "facilitador", y que, si bien se está extendiendo poco a poco su utilización y es conocida por un cada vez mayor número de operadores jurídicos, lo

cierto es que ni sus características ni sus funciones aparecen reguladas legalmente.

Más complicada resulta la situación en el orden penal, ya que, si bien el art. 118 LECrim hace referencia al empleo de un lenguaje accesible, adaptado al destinatario - refiriéndose expresamente a una posible discapacidad que afecte a la comprensión del alcance de la información que se facilita-, hasta ahí llegan las previsiones en cuanto a accesibilidad de personas afectadas de una discapacidad intelectual al proceso penal, ya que el conocido "derecho de acompañamiento", que justificaría legalmente, en cierto modo, la posibilidad de acudir a un facilitador, solo está previsto respecto de las víctimas del hecho delictivo, quedando huérfano de esta posibilidad el supuesto de que sea el presunto autor la persona afectada por una discapacidad.

Es necesario tomar conciencia de la necesidad de establecer mecanismos correctores de las desigualdades derivadas de la discapacidad de uno de los intervinientes en toda clase de procedimientos judiciales, no solo por parte del legislador, que avanza en la materia, si bien por el momento de forma insuficiente, sino también por parte de los profesionales del derecho.

A efectos de accesibilidad, se revela como esencial la figura del facilitador, como profesional de apoyo a la persona con discapacidad, que favorece y garantiza la comunicación entre ésta y el órgano judicial, y por ello, debe regularse de manera más concreta su intervención dentro del procedimiento, y en todos los órdenes jurisdiccionales, siendo particularmente urgente su previsión en el proceso penal, ya que la falta de una normativa que regula le facilitación plantea graves problemas prácticos a la hora de gestionar su funcionamiento y sus concretas labores en el seno del proceso .

Referencias

ALÍA ROBLES, AVELINA. (2020). El valor de los tribunales especializados para la

- tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. *La Ley*, 28, 1-15. <https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29044>.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, GLORIA. ESPERANZA. (2020). La mediación, una oportunidad para la inclusión de las personas con discapacidad. *Anales de derecho y discapacidad*, (5), 165-183. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7586290>.
- ARANGÜENA FANEGO, CORAL. (2022) Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1093-1126. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.742>
- ARENAS ARIAS, GERMÁN JAIR. (2018). Lenguaje claro (derecho a comprender el derecho). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 15, pp. 249-261. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>.
- CUBERO FLORES, FRANCISCO. DAVID. (2020). Personas con discapacidad y proceso penal. En AA.VV. *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, 16-29. Madrid. Editorial Reus.
- CUBERO FLORES, FRANCISCO. DAVID. (2021). El derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. Orden Jurisdiccional Penal. En AAVV *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. 101-118. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. <https://bit.ly/3wu0WID>.
- DE ARAOZ, INES. (2018). *Acceso a la justicia: Ajustes en el procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo*. Madrid. Plena Inclusión España.
- DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL. (2019). El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad, *Anales de derecho y discapacidad* (4), 11-31.
- DE LORENZO GARCÍA, RAFAEL, CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL, RECOVER BALBOA, TORCUATO y DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, INÉS. (2021). El derecho de acceso a la justicia, en AAVV *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. 9-31. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <https://bit.ly/3wu0WID>.
- DEVANDAS AGUILAR, CATALINA, BASHARU, DANLAMI y CISTERNAS REYES, MARÍA SOLEDAD. (2020). *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*. Ginebra. Naciones Unidas [archivo PDF] https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf.
- ENDARA ROSALES, JUAN. (2021) *La facilitación del acceso a la justicia*. Madrid. Plena Inclusión España.
- ESQUERDO LULL, ROSABEL. (2021). *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad* [archivo PDF] <https://www.cvca.es>
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO. (2022). Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: la especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia, conforme a la Ley 8/2021. *Acta judicial*. Nº 9, 2-16.
- FERNÁNDEZ MELE, MARÍA. SOLEDAD. (2015). La primera sentencia de lectura fácil. Un avance en el acceso a la justicia de personas con discapacidad. *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, II, 42-53.
- FERNÁNDEZ ZAPATA, ANGELA. (2006). El Handikappombudsman de Suecia, en AA.VV *Un encuentro entre dos culturas. Un viaje a Suecia*, 19-35, Badajoz. Futuex.
- GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS. (2007). Mecanismos de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el conjunto del ordenamiento jurídico. En AA.VV. *Tratado sobre discapacidad*. Navarra. Thomson-Aranzadi.

- GARCÍA RUBIO, MARÍA. PAZ. (2018). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 143-192.
- MANZANO ALONSO, MARTA., y PERAL MARTÍNEZ, IRENE. (2019) *Ajustes en el procedimiento judicial para personas con discapacidad intelectual: La figura del facilitador*. Trabajo Fin de Grado. Universidad de Zaragoza.
- MARIEL FERRERO, ELIANA. (2021). El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad. *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam - Volumen 11 - N° 1. 3-16.* <https://doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a01>
- MARTÍN PÉREZ, JOSÉ. ANTONIO. (2022). Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento. *Derecho Privado y Constitución*, 40, 11-53. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.40.01>.
- MUYO BUSSAC, PABLO. (2022). Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de personas con discapacidad intelectual en el proceso penal. En AA.VV. *La problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*. 71-78. Madrid. Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2s0j62r.9>
- PAU, ANTONIO. (2020). El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 7 (1), 3-29. file:///C:/Users/sildu/Downloads/507-2632-1-PB.pdf.
- PÉREZ BUENO, LUIS. CAYO. (2010), *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, colección Cermi, num 45. Madrid. Cinca.
- SANCHO GARGALLO, IGNACIO. y ALÍA ROBLES, AVELINA. (2019). Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad. *Actualidad Civil*, 2, 4.
- RECOVER, TORCUATO. y DE ARAOZ, INES. (2014). *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal*. Madrid. Feaps.
- TAMARIT CUADRADO, JAVIER. (2005) Discapacidad intelectual. En AA.VV. *Manual de atención temprana*. 663-682. Valencia. Ed. Promolibro.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA., (2015). El estatuto de las víctimas de delitos, Valencia, ED. Tirant, pág. 56
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA., (2014). La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, *Revista General del Derecho Penal. Iustel*, N° 1, pág. 17.
- TAMARIT, SUMALLA, JOSEP. MARÍA, GARCÍA ALBERO, RAMÓN., RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ., y SAPENA GRAU, FRANCISCO., (2005). *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª Ed.
- RACIONERO CARMONA, FRANCISCO., (1999). Derecho Penitenciario y Privación de Libertad, Dykinson, , págs. 197-198
- RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ, LUIS., (2012). La orden europea de protección”, *Diario La Ley*, N° 7854, Sección Doctrina, 9. pág. 7.
- SERRANO, MASIP, MERCEDES. (2015). El estatuto de las víctimas de delitos, Tirant lo Blanch, pág. 140
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ., (2000). Las víctimas, juicio oral y sentencia, en “Las víctimas en el proceso penal”, ed. Gobierno Vasco. Vitoria, pág. 132
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ., (2005). El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 6.
- TORRECILLA COLLADA, MARÍA DEL PRADO.,(2009). “Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas”. *Diario La Ley* N° 7250.



La seguridad ciudadana desde el ámbito político y académico: el caso de las elecciones presidenciales de 2021 en Ecuador

The citizen security from a political and academic point of view: the case of the 2021 presidential elections in Ecuador

Lester Cabrera Toledo

Universidad de las Fuerzas Armadas - ESPE Quito, Ecuador
lmcabrera2@espe.edu.ec
ORCID.0000-0003-0307-1528

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo brindar una mirada crítica con respecto al debate en torno a la falta de seguridad, en el ámbito social y/o ciudadano, en el Ecuador, desde mediados del 2020. Lo anterior responde a la forma en cómo autoridades gubernamentales y candidatos a elección popular, han establecido como una de las principales medidas para combatir la delincuencia y la percepción de inseguridad en la ciudadanía, desde el aumento del contingente policial, llegando incluso a que los propios ciudadanos puedan portar armas. Sin embargo, aquello un reflejo de la incapacidad de diagnosticar y analizar las causas de la delincuencia, la falta de una doctrina que permita conocer la naturaleza de las amenazas que alteren la convivencia pacífica en el país, y la coordinación entre aquellos actores que planifican y aplican la seguridad, incluyendo el rol de la academia en la discusión sobre temas de seguridad. Se concluye que existe la necesidad de un cambio de paradigma dentro de la planificación en el ámbito de la seguridad en la país, para no repetir los errores y potenciar, de manera estructural, a los actores que son parte de la planificación securitaria en el Ecuador.

Palabras clave: Ecuador, Seguridad, Planificación estratégica, Crimen.

Abstract

The present article aims to provide a critical view of the debate around the lack of security, in the social and/or citizen sphere, in Ecuador, since the middle of 2020. This is due to the way in which government authorities and candidates for popular election, have established some measures to combat crime and the perception of insecurity among citizens, since the increase in the police contingent, even to the extent that citizens themselves can carry weapons. However, this is a reflection of the inability to diagnose and analyze the causes of crime, the lack of a doctrine that allows known the internal and external threats to impact the pacific social coexistence in the country, and coordination among those actors that plan and enforce security, including the key role of academics in generating points of discussion about security. It is concluded that there is a need for a paradigm shift in planning in the field of security in the country, so as not to repeat mistakes and strengthen, in a structural way, the actors that are part of security planning in Ecuador.

Key words: Ecuador, security, strategic planning, crime.

Cómo citar este trabajo: Cabrera Toledo, Lester (2023). La seguridad ciudadana desde el ámbito político y académico: el caso de las elecciones presidenciales de 2021 en Ecuador. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (1), 56–70. <https://doi.org/10.46661/respublica.8043>

Recepción: 07.01.2023

Aceptación: 12.03.2023

Publicación: 05.05.2023

Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

Uno de los elementos sustanciales que se han establecido como común denominador dentro del debate político en Ecuador, desde mediados del 2020, ya sea de parte de las autoridades gubernamentales como de los personeros que buscan alcanzar un cargo de elección popular, es en torno a la inseguridad que afecta al país, tomando en cuenta que es uno de los principales reclamos que devienen de la ciudadanía, considerando que como consecuencia de las restricciones de movilidad, desplazamiento y las medidas de bioseguridad, como el distanciamiento y el uso de tapa bocas, existe una noción de desprotección. Sin embargo, la respuesta de las autoridades antes el aumento de la percepción de inseguridad en la población, focalizándose en los principales centros urbanos del país, ha sido el aumento del contingente policial, planteando aquello como la principal forma de solucionar el fenómeno descrito. Mientras que por otra parte, dentro de algunos discursos de actores que buscan ser electos en la principal magistratura del país, se puede visualizar que la forma en cómo plantean minimizar las consecuencias negativas, van desde el “fortalecimiento” de la Policía Nacional, contar con el apoyo de las Fuerzas Armadas en el combate a la delincuencia, e incluso que los ciudadanos puedan tener la posibilidad de obtener un arma de fuego, para así lograr tener una mayor percepción de protección.

Pero pese a dichas perspectivas, se puede visualizar que el problema tiene una cualidad dual: en primer lugar, la visión en torno a lo que comprende por seguridad, en un sentido amplio, posee una fuerte carencia en cuanto a lo que se hace referencia al momento de hablar de seguridad, en un sentido interno, tomando en cuenta sus alcances, límites y dimensiones. Y en segundo aspecto, en directa relación con el primer aspecto, se contempla el hecho de que no se tiene una concepción sobre el diagnóstico de la dificultad de combatir la percepción de inseguridad, o incluso de manera más

explícita, la delincuencia que afecta a los ciudadanos. Ambos aspectos pueden considerarse como directamente vinculantes, y traspasan a gran parte del espectro político, gubernamental y de toma de decisiones en el Ecuador, lo que se alza como factores explicativos en torno a la problemática que se desea solucionar, o en su defecto, comprender en su naturaleza y complejidad.

En este sentido, el principal objetivo de este trabajo se basa en plantear un diagnóstico crítico sobre la concepción y perspectivas de seguridad, especialmente en el ámbito ciudadano, en Ecuador; pero sin perjuicio de la condición de coyuntura con respecto a la temática, lo cierto es que la visión de considerar el fenómeno de la delincuencia simplemente bajo un prisma securitario, que incluye la acción de diversos actores, estableciéndose el principal peso con respecto a la labor de la Policía Nacional, da como consecuencia que no se posea una adecuada imagen en torno a las causas del problema. En dicho sentido, cabe destacar que si bien la situación en torno a la discusión pasa por una coyuntura, la el proceso en sí posee bases estructurales, que incluso pueden ser replicadas a otras realidades de la región, al momento de establecer como la principal, y a veces única salida para minimizar el impacto de la delincuencia, la saturación de la seguridad por parte de los actores securitarios clásicos. Siendo así, uno de los elementos que necesariamente se aprecia para visualizar una noción más amplia, es la incorporación del ámbito académico, como una forma de plantear una estructura que permita una discusión más profunda y vinculando a los diversos sectores y ámbitos que tienen algún grado de competencia dentro del área securitaria.

Así, se concluye que existe una necesidad, a nivel país, de incorporar la noción académica dentro del debate de la arquitectura de seguridad que el país requiere, lo que permitirá plantear esquemas en el mediano a largo plazo, como también minimizar el grado

de representación de la seguridad bajo planteamientos ideológicos. Lo anterior, al mismo tiempo, podría ayudar a una comprensión más amplia de la seguridad, al tiempo que se construye un espacio para que las autoridades gubernamentales visualicen nuevos planteamientos sobre como lidiar y gestionar los elementos que generan la inseguridad en el país, tomando en cuenta que las perspectivas van más allá de aumentar el contingente securitario, lo que da como resultado atacar la consecuencia, mas no el origen mismo del fenómeno en sí.

2 Método

En el ámbito de Desde un punto de vista metodológico, este trabajo se enfocará en tres aspectos. En primer lugar, la generación de los discursos gubernamentales en torno al tema de la inseguridad y las formas que se plantean para disminuir la delincuencia; en segundo aspecto, los discursos de personeros políticos que buscan tener un espacio dentro del aparato del Estado, tomando en consideración que dichos actores son una representación de diversos sectores de la sociedad; y finalmente, las consideraciones doctrinarias sobre la visión de la seguridad en el Ecuador. En este sentido, una de las principales dificultades en la búsqueda de datos e información, radica en el hecho de que gran parte de los elementos esgrimidos, especialmente desde el ámbito gubernamental y político, obedecen a situaciones coyunturales, y no a una concepción estructural en torno a la necesidad de tener un sistema de seguridad, desde un punto de vista integral, lo que da como resultado que la información este ligada a la coyuntura, o incluso con un direccionamiento ideológico.

El método empleado para este trabajo se basa en el caso de estudio, tomando como generalidad la situación de seguridad en el Ecuador, y como esta se ve reflejada en una serie de discursos, tanto en un sentido político-estratégico como académico, de lo cual también se derivan las dimensiones a considerar, por medio del origen de aquellos planteamientos discursivos. Así, se plantea de que el proceso mencionado representa un caso de estudio, debido a la familiaridad y

situaciones comunes que pueden ser evidenciadas en las realidades de los países y sociedades de América Latina con respecto a la percepción de inseguridad. Por lo tanto, las diferentes perspectivas que se abordan en este trabajo, tienen la cualidad de poder se replicadas y profundizadas, bajo las perspectivas únicas de cada uno de los países que son parte de la región mencionada (Lamont, 2015; Gerring 2004).

3 Una seguridad limitada en el Ecuador

Al momento de hablar de seguridad en Ecuador, se tiene una concepción sesgada con respecto a dicho concepto. Por un lado, el sesgo deviene de la histórica presencia de los elementos armados, particularmente las Fuerzas Armadas, dentro del esquema de decisiones que implica el ámbito securitario. La visión que se posee al momento de hablar de seguridad, implica necesariamente un punto de vista interno, mientras que la perspectiva de la Defensa, se aplica directamente al contexto externo, siendo este esquema derivativo del pensamiento y poder de decisión de las Fuerzas Armadas (Haro, 2017). En segundo lugar, existe el hecho de que al momento de concebir el concepto de seguridad, se tiene una directa vinculación con la provisión de seguridad como una función del Estado; en otras palabras, seguridad es un sinónimo casi exclusivo del actuar de los organismos securitarios clásicos (Rivera, 2012). Así, cuando aquello hace referencia al tema interno, se hace una alusión al actuar de la Policía Nacional. Y en tercer lugar, se posee un sesgo como consecuencia del desconocimiento de los parámetros conceptuales, teóricos e incluso comparados, al momento de concebir la seguridad, derivado incluso de una potencial desactualización de los términos y visiones que se poseen dentro del campo de los Estudios Estratégicos (Buzan, 2009).

La presencia de las Fuerzas Armadas dentro del esquema de comprensión de la seguridad, y las decisiones políticas que se dan dentro de aquel ámbito, tiene una explicación en torno

al papel que dichos cuerpos han jugado, históricamente, dentro de la vida política e institucional del país (Pérez, 2018; Haro, 2017). Pero al mismo tiempo, la noción en torno a la seguridad, también se extrae de los conflictos que el país ha tenido en diferentes momentos, especialmente con el Perú, siendo el último de ellos en el año 1995, en la zona del Alto Cenepa. Aquellas perspectivas han configurado que el actuar de las Fuerzas Armadas en construir y aplicar una doctrina y visión con respecto a la seguridad que debe tener el país, sea en un sentido amplio. Pero al mismo tiempo, cabe destacar que la concepción de seguridad que han planteado en la agenda gubernamental las Fuerzas Armadas ecuatorianas, implica una visión que dichas instituciones son las encargadas de la protección de la integridad territorial frente a amenazas externas, lo que da como resultado que la protección de la “seguridad interna” recaiga en la Policía Nacional, dejando en un segundo plano una potencial actuación interna (Cabrera, 2019; Pérez y Cruz, 2015). Con lo anterior, se refuerza el hecho de que la seguridad posee una concepción amplia, pero que en la aplicación directa de dicho concepto, las Fuerzas Armadas no son el principal actor, delegando aquello a las instituciones más cercanas a la aplicación de la seguridad ciudadana.

El segundo aspecto se relaciona con un campo más amplio y complejo, si se le compara con el punto anterior. Al considerar el propio concepto de “seguridad”, no se tiene una real concepción de lo que implica, al tiempo que se desconoce, en términos prácticos, cuales son los alcances y límites del mismo. La visión imperante dentro del nivel político-estratégico, considerando los tomadores de decisión en el ámbito de las políticas públicas, es en torno a que la seguridad es un sinónimo de las acciones que realizan, casi de forma exclusiva, los actores securitarios clásicos (Fuerzas Armadas y Policía Nacional). Esto da como resultado una atomización en cuanto a la comprensión de las implicancias de la seguridad, puntualizando el concepto a temas específicos, lo que deja de lado elementos,

actores y procesos que si bien no estén dentro de la arquitectura clásica de los organismos de seguridad, intervienen en la misma (García, 2018; Castillo, 2009).

Y en tercer lugar, se tiene como limitante el hecho de no incorporar o concebir otros parámetros conceptuales, como una manera de complementar y estar en línea con lo planteado en otras latitudes, incluso dentro del contexto hemisférico como sucede con el concepto de “seguridad integral” (Cabrera, 2019; Pérez, 2014). En este sentido, la perspectiva y tendencia de la seguridad, tanto en el plano académico como en la misma aplicación de la misma, es plantear comunes denominadores que permitan un análisis del fenómeno conflictivo más amplio, lo que a su vez implica el hecho de considerar a otros actores que participen dentro de la provisión de seguridad. Lo anterior además, se refleja en una ampliación de funciones de los diversos cuerpos securitarios, al tiempo que se establece una institucionalidad acorde a las necesidades que se van presentando; pero lo cierto es que la incorporación realizada, solamente se aplica en el campo discursivo, por medio de planes estratégicos y políticas sectoriales, como es el caso del Plan Nacional de Seguridad Integral 2019-2030, donde si bien se reconoce el concepto de “seguridad multidimensional”, este queda por debajo de la visión clásica de la seguridad (Ministerio de Defensa Nacional, 2019).

Tener una concepción limitada en torno a la seguridad en el Ecuador, no solamente se comprende sobre la base de los elementos mencionados, debido a que dichos procesos, si bien en algunos casos de la propia institucionalidad ecuatoriana dentro del tema seguridad, lo cierto es que también se posee una debilidad al momento de diagnosticar y analizar el origen y naturaleza de los problemas que dan como resultado afectaciones a la seguridad del país. Planteado en un sentido más específico, existe una falta de claridad tomando en cuenta que al momento de concebir los potenciales riesgos y amenazas para el país, no se tiene una

noción específica con respecto a la naturaleza del potencial fenómeno, su afectación, pero incluso más relevante, la manera en cómo se busca gestionar, con el objetivo de minimizar las consecuencias negativas. Esto tiene como una de las principales explicaciones, la falta de concebir la forma y estructura del proceso, actor u objeto que esta amenazando, desde un punto de vista de concebir la forma de la amenaza, ya sea como parte de un fenómeno que puede ser combatido desde una noción tradicional, o bien responde a un proceso que requiere un tratamiento diferente; y es en este último aspecto, en donde el país posee un déficit, tomando en consideración que la estructura securitaria se encuentra pensada y planificada, en su mayoría, bajo los parámetros de amenazas clásicas (Saint Pierre, 2017; Cabrera, 2012).

Pero sin perjuicio de lo anterior, se tiene el hecho de que, por lo menos desde un punto de vista conceptual, e incluso con un intento de institucionalización fallido, el Ecuador estableció desde mediados de la década del 2000, incluso tomando en consideración la propia Constitución, un concepto que busca ser una alternativa a la visión clásica de la seguridad, basándose en la “seguridad multidimensional”. Dicho concepto, si bien se encuentra en el mencionado cuerpo legal y ha sido trabajado en diferentes documentos orientativos, particularmente por medio de los denominados Planes Nacionales de Seguridad Integral, que se dan desde el 2011 con dicho nombre, no ha tenido un recibimiento adecuado, especialmente en lo que respecta a su aplicación. Si bien como concepto se reconoce un carácter diferente en torno al fenómeno que afecta a la seguridad, así como también al foco mismo en que debe priorizarse la seguridad (la sociedad), este posee una amplitud y vaguedad al momento de buscar ponerlo en práctica (García, 2018; Celi, 2015), lo que da como resultado el hecho de que exista un real desconocimiento de lo que comprende, y más relevante aún, lo que no comprende, la seguridad integral. La dificultad de lo anterior, es que dicha apreciación de la seguridad

involucra a los diferentes cuerpos o actores que son parte del sistema securitario del país, entre ellos la Policía Nacional, pero no establece procesos puntuales, prioridades ni una concepción específica sobre cuando y como opera, en el plano práctico, dicha visión de la seguridad, generado confusión y carencia de coordinación.

Derivado de la amplitud del concepto de seguridad integral, es que se plantea el hecho de que al momento de al momento de suceder un acontecimiento que tenga una afectación a la seguridad, principalmente con un enfoque interno, se establece una suerte de especialización desde un sentido dual: por un lado si el fenómeno tiene un aspecto netamente interno/externo; y por cual institución debe ser gestionado. Siendo así, y tomando en cuenta que la gran mayoría de los problemas que afectan a la seguridad del país, tienen una connotación interna, es la Policía Nacional la principal encargada de la gestión de aquellos fenómenos conflictivos, dando como resultado el hecho de que una buena cantidad de los procesos conflictivos internos, estén dentro de las atribuciones de la Policía, bajo el marco de la seguridad integral en general, y la seguridad ciudadana en particular (Ministerio del Interior, 2019). No obstante, al momento de efectuar un acercamiento con respecto a los fenómenos que son considerados como parte de la seguridad ciudadana, se tienen aspectos que van desde la delincuencia común, hasta el análisis efectuado en torno al crimen internacional organizado, dando como resultado un espectro muy amplio de funciones y que, por ende, establece una visibilización y utilización constante de los medios policiales, en áreas que no necesariamente tienen una perspectiva prioritaria, incluso desde el punto de vista de la política pública de seguridad, en el actuar de la Policía, lo que origina una ampliación en el actuar mismo de dicha institución, en conjunto con un potencial mayor nivel de desgaste.

En este sentido, y siempre en el plano de una comprensión limitada de la visión de la seguridad en el país, es que debido a que al considerar que una buena parte de los fenómenos conflictivos que afectan a la seguridad del país, pueden ser tratados desde la óptica que aporta la seguridad ciudadana, por medio de la acción misma de la Policía Nacional, se tiene la tendencia a visualizar dichos procesos, casi de manera exclusiva, bajo el prisma securitario (Haro, 2012). La principal consecuencia de aquella acción, es que un fenómeno o proceso, que por lo general tiene una serie de aristas que permiten comprender su accionar y génesis, se gestiona sobre la base de los instrumentos coercitivos del Estado; en otras palabras, en la mayoría de los casos, el diagnóstico del proceso conflictivo no va más allá de la visión punitiva que se tenga hacia dicho proceso (Mouzo, 2012), lo que da como resultado que en estricto rigor, se tenga un actuar hacia las consecuencias negativas que afectan la seguridad, mas no necesariamente a las causas que dan origen a dichos procesos, y que por lo general, no tienen una directa relación con la concepción clásica de la seguridad, sino con temáticas más vinculadas al desarrollo. Es por eso que se tiene la necesidad de contar con un enfoque más amplio de seguridad, que busque una complementariedad con temas asociados al desarrollo.

4 Desconsideraciones políticas y populismo electoral

Al Derivado del hecho de que se tiene una concepción casi universal, y por ende sesgada de lo que es e implica la seguridad en el Ecuador, de parte de las instituciones que son partícipes de la aplicación misma de la seguridad, es que se da la lógica de que aquella comprensión inexacta, se traslada a los encargados de la toma de decisión desde el ámbito político. Es en aquel aspecto en que se puede evidenciar de una manera clara, como las visiones en torno al combate a la inseguridad, o mejor dicho, a los fenómenos, procesos y actores que afectan a la seguridad

del país, posee un tratamiento erróneo. Al momento de que las autoridades que se ubican en el nivel decisonal político-estratégico, comienzan a tener un grado de presión social y política en torno a los índices de delincuencia, se maneja casi de forma automática como la principal solución a dicho problema, el aumento del número de funcionarios policiales en las zonas donde mayormente se ha diagnosticado una mayor percepción de violencia producto de la delincuencia. Este acontecimiento, pese a que se considera dentro de un momento de coyuntura como lo es el período del año 2020, durante la gestión de la pandemia del COVID-19, lo cierto es que es una medida que tiene una naturaleza de carácter estructural, ya que en anteriores situaciones que el país ha vivido de forma similar, se aplica la misma receta, obteniendo los mismos resultados (Basabe, 2020).

Lo cierto es que dicha visión responde a una concepción de coyuntura, sin una adecuada planificación de carácter estratégico, lo que a su vez es posible comprender desde 3 lógicas, desde el punto de vista del actuar institucional ecuatoriano en el ámbito de la seguridad: una instrumentalización política del actuar policial, la inmediatez en la operativización de la decisión, y una potencial mejora a la imagen institucional. El primer aspecto se vincula con la forma en cómo el sector político, por medio de la acción de la Policía Nacional, buscaría solventar las presiones y demandas de una mayor seguridad, por lo que al momento de existir algún grado de presión, y que por lo general se manifiesta a través de los medios de comunicación masivos (Bravo, 2020), utilizaría a la institución policial para “solucionar” el problema de la falta de seguridad, manifestándose esto último en operativos y planificaciones dentro de un contexto de coyuntura. La segunda perspectiva, directamente relacionada con el punto anterior, es que por medio del uso de los efectivos policiales, se crea una imagen en torno a que el nivel político toma decisiones inmediatas, estableciendo así una concepción de “eficacia” frente a las demandas

ciudadanas. El mover o aumentar el contingente de miembros de la Policía Nacional, causa un impacto dentro de un poblado o comunidad, lo que a su vez es fácilmente retratable desde la prensa, representándose en una acción concreta del sector político-estratégico en aras de “solucionar” el problema. Y finalmente se tiene una noción, y particularmente en el caso ecuatoriano, que dichos requerimientos en torno al aumento de la percepción de seguridad ciudadana, se plantea como una oportunidad para la mejora de la imagen institucional, en este caso de la Policía Nacional. Esto último se evidencia principalmente bajo el marco del contexto de octubre de 2019, donde por algunos sucesos puntuales, la imagen de la institución se vio golpeada en algunos sectores (Vivares 2020).

El simple hecho de aumentar el contingente policial, se deriva en una estrategia ineficaz, debido a la incompreensión de que la gran parte de los problemas de inseguridad, no solamente tienen un tratamiento de carácter coercitivo, sino que deben ir de la mano con visiones que se asocien al ámbito del desarrollo. En otras palabras, si bien es necesario establecer controles dentro del contexto policial a la delincuencia, también se debe tomar en cuenta otras perspectivas que ayuden a dar fin, dentro de lo posible, al círculo vicioso de la violencia, tomando en cuenta que existen factores tanto económicos, sociales, culturales, e incluso internacionales, que dan a comprender que la delincuencia no solamente tiene una razón de ser (Ortiz, 2021). Así, al establecer un abordaje más amplio en términos disciplinarios del problema en torno a la percepción de inseguridad en la población, sería posible lograr minimizar las consecuencias negativas de dicho comportamiento en la sociedad; sin embargo, para obtener resultados que tengan una cualidad estructural, estos deben ser planificados en el largo plazo, encontrando en este punto uno de los principales problemas al momento de concebir una estrategia en un sentido amplio, sobre la arquitectura de la seguridad en el Ecuador, debido a que

establece una priorización de los tiempos políticos por sobre los tiempos estratégicos.

En directa relación con el punto anterior, está el hecho de que al momento de visualizar un problema que tenga una afectación a la seguridad, desde el punto de vista de los tomadores de decisión en el ámbito securitario, como también a la institución que se hace partícipe del accionar y gestión de la seguridad, como lo es la Policía Nacional, se evidencia que la gran parte de los sucesos que se dan dentro de aquella área, se encasillan y analizan mayoritariamente con la noción disciplinaria que se da desde el campo jurídico. Este punto es entendible, debido a la naturaleza coercitiva que tiene la Policía, en conjunto con la forma en que opera, en un sentido de ser la manifestación del estado de Derecho al momento de que sucede una contravención a la ley, desde la más clásica visión weberiana. Pero una cosa es efectuar acciones que permitan la apreciación y respeto del estado de Derecho, y otra es encapsular dentro de un esquema de análisis, que la gran mayoría de los sucesos y fenómenos pueden llegar a tener una naturaleza explicable desde la óptica jurídica. Al efectuar aquello, se cae tanto en un exceso de legalismo, como también a considerar dicha visión como la única y principal, al momento de efectuar algún análisis sobre un determinado proceso, dando como resultado un sesgo cognitivo o limitación analítica, en caso de querer buscar una potencial solución al problema securitario planteado (Coimbra y Briones, 2019).

Pero sin perjuicio de lo planteado, tal vez una de las principales desconsideraciones desde el ámbito político-estratégico en torno a la seguridad, se basa en visualizar y priorizar uno de los puntos del proceso de la delincuencia, el cual es la planificación y posterior generación del hecho delictivo. Pero como ha quedado demostrado en América Latina, no siendo en este punto el Ecuador una excepción, se tiene de que la visión de la delincuencia no acaba al momento de apresar y aplicar la el imperio de la ley a las personas

que cometieron un ilícito, debido a que los sistemas carcelarios y de eventual rehabilitación, no cumplen su cometido. Y pese a los múltiples estudios realizados en la materia con respecto a la debilidad del sistema carcelario ecuatoriano (Nuñez, 2007; Pontón, 2007; Núñez, 2006), lo cierto es que la visión de la seguridad no termina ni se extingue cuando se ha aplicado la pena a un individuo de acuerdo al acto cometido fuera del marco de la ley, sino que debido a la naturaleza de los centros penitenciarios, estos son promotores y generadores de actos delictivos. Por lo tanto, el hecho de actuar a favor de la seguridad simplemente bajo la acción de aumentar el número de detenidos y condenados, no necesariamente es un reflejo de aquello, lo que incluso podría ser interpretado como una forma de exacerbar conductas fuera de la ley y, con ello, mantener y profundizar esquemas de inseguridad en el país.

Los aspectos señalados, si bien se asumen dentro del discurso que se deriva de los niveles de toma de decisión político y estratégico, también hace un eco de la realidad política general que evidencia el país, reflejándose en los discursos de las personas que buscan un lugar de representación popular. En este plano, uno de los elementos que la totalidad de los aspirantes a la máxima dignidad del país señalan al momento de haber sido consultados sobre los problemas de seguridad, es el hecho de “fortalecer” a las instituciones encargadas de dicha función (Tipanluisa, 2021). No obstante aquella apreciación de voluntad, lo cierto es que dicha acción en torno a “fortalecer” el actuar, simplemente se basa en los parámetros ya señalados, es decir el aumento del contingente policial para determinados procesos coyunturales, la provisión de equipos que permitan su trabajo, y plantear ciertas modificaciones legales, lo que da como resultado seguir con el discurso securitario clásico que en términos factuales, no produce un cambio significativo en la forma en que se opera con la seguridad, volviendo la relación y

consideración desde el ámbito político, como un círculo vicioso que se sigue reproduciendo.

Otro de los esquemas en torno a la seguridad que ha podido apreciar en algunas alocuciones públicas, es en lo relativo a una participación más activa de las Fuerzas Armadas, en labores que son más cercanas y propias a la seguridad ciudadana (Tipanluisa, 2021). Lo anterior parte de un supuesto complejo, desde el punto de vista estratégico, debido a que la potencial inclusión de las Fuerzas Armadas en un ámbito más cercano al de la seguridad ciudadana, establece como base que la Policía Nacional se ha visto sobrepasada y que, por lo tanto, requiere un refuerzo en determinadas áreas. Por ende, el señalar aquello implicaría sostener, de manera indirecta, que la forma de emplear los medios tradicionales para combatir la delincuencia, no han dado los resultados esperados. Pero además, cabe señalar que la complejidad no solamente se da por el supuesto con respecto la capacidad de trabajo de la Policía, sino que existen diferencias sustanciales en el plano doctrinario, la preparación-capacitación para hacer frente a los fenómenos que generan inseguridad desde una visión interna, y al mismo tiempo se aprecian resistencias institucionales entre los actores involucrados.

Las diferencias doctrinarias se relacionan desde una visión dual. Por un lado, tanto Fuerzas Armadas como la Policía Nacional, tienen una concepción diferente sobre el objeto a tomar en cuenta como amenaza, partiendo de la base de que Fuerzas Armadas posee una perspectiva hacia fenómenos y amenazas tradicionales, pero que devienen en su mayoría desde el exterior, estableciendo dentro de sus principales nociones en términos de doctrina, la posibilidad de una guerra; mientras que la Policía establece una prioridad sobre fenómenos que pueden considerarse más cercanos a la cotidianidad social en términos de seguridad, así como también no establece dentro de su esquema doctrinario, la posibilidad de una guerra en un sentido convencional. Mientras que otro lado,

está el objeto mismo a resguardar. Desde la posición de las Fuerzas Armadas, el Estado en general, y la visión que se tiene sobre el territorio en particular, responde a una prioridad, siempre vinculado al punto de vista de la amenaza; mientras que la perspectiva de la Policía se vincula a la protección del Estado, pero desde una óptica desagregada: en otras palabras, las Fuerzas Armadas aprecian al Estado como un actor unitario, mientras que la Policía también, pero para el adecuado cumplimiento de sus funciones, se ve en la necesidad de separarlo y apreciarlo con diferencias, ya sea por comunas, poblados o cualquier otra división administrativa que se plantee, para lograr así un mejor trabajo por el bienestar y seguridad de la comunidad (Cabrera, 2019).

Otra perspectiva donde se aprecia una diferencia sustancial, es en lo relativo a la preparación-capacitación de aquellas instituciones para el adecuado cumplimiento de sus funciones y objetivos. La preparación que se les otorga a las Fuerzas Armadas, es en relación a la obtención de una victoria militar, considerando la probabilidad de un enfrentamiento bélico con otras fuerzas regulares, para lo cual se requiere capacitación de diferentes sistemas de armas, logística e incluso una comunicación óptima con las otras instituciones que son parte de la Fuerza, por mencionar algunos de los procesos más relevantes. La concepción sobre tareas anexas en las que se busca emplear a las Fuerzas Armadas, dentro de su capacitación y preparación, posee un rol secundario y que, por lo general, se asocia a una vinculación de carácter logístico, mas no necesariamente estar bajo la concepción securitaria tal y como se plantea. Mientras que por otro lado, la formación de la Policía no está centrada en el combate de un conflicto bélico, sino que se asocia desde la preservación de la seguridad interna (seguridad ciudadana), hasta la mantención de una convivencia social de carácter pacífico, lo que da como resultado que el armamento y medios para efectuar aquello, sean

completamente diferentes a los que utilizan las Fuerzas Armadas (González, 2021).

Un tercer aspecto a tomar en consideración sobre las dificultades y diferencias en torno a utilizar a las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad interna, a nivel de complemento de las actividades que efectúa la Policía Nacional del Ecuador, es con respecto a lo que se podría denominar como, “resistencias institucionales”.

Este elemento, si bien no se encuentra debidamente documentado, se deriva de la visión doctrinaria e institucional-organizacional de cada uno de los actores involucrados. Por un lado, las Fuerzas Armadas prefieren mantener una posición alejada de los temas securitarios internos, debido a que su uso constante en dichas tareas, generaría una “desprofesionalización” con respecto al cumplimiento de los objetivos primordiales a las que se encuentran asignadas. Mientras que la concepción de la Policía se grafica en un plano de competencias, en el sentido de que si bien las Fuerzas Armadas pueden ayudar, solamente es aquello, una ayuda, y el papel principal en el análisis y combate a los temas que afectan a la seguridad desde una perspectiva interna, se basa en su papel asignado por medio de la ley. Así, involucrar a las Fuerzas Armadas podría significar que en un futuro determinado, la Policía pueda perder diversas competencias que actualmente son parte de sus prerrogativas.

Finalmente, el tema más sensible dentro del discurso político ecuatoriano, es el relativo a la posibilidad de que una parte de la ciudadanía tenga el derecho a portar armas, como una forma de protegerse de la delincuencia y, al mismo tiempo, generar la percepción de disuasión frente a un acontecimiento delictivo (García, 2020). Sin perjuicio de los argumentos que se tengan sobre aquella perspectiva, la cual está más cercana a una medida paliatoria mas que la solución al problema de la delincuencia, lo cierto es que dicha medida no solamente tendría una consecuencia negativa, sino que

además el país no tiene la preparación ni institucionalidad necesaria para hacer efectiva aquel planteamiento en el corto y mediano plazo. En un primer aspecto, el acceso a armas de fuego implica un costo no menor, lo cual lo hace poco accesible para personas de rentas medias o bajas, con lo que se privilegiaría a un determinado sector de la sociedad, colocando dicha medida incluso desde un plano de la discriminación. En un segundo sentido, se tiene el hecho de que tener un arma implica necesariamente un adecuado entrenamiento para poder usarla con los fines por los cuales se adquirió, proceso que también debiese ser regulado y que implica un valor económico anexo. Y en último lugar, pero no por ello menos importante, el país no tiene una cultura ni una institucionalidad sobre la utilización de armas de fuego, a lo que se asocia el hecho de cumplir una regulación que permita el acceso a un número puntual de armas de fuego. Todo ello da como resultado que el plantear una idea como la mencionada, da cuenta de que dicho discurso no se ubicaría en el plano de los argumentos técnicos, económicos ni legales, sino que en el ámbito del populismo y de un discurso que no tiene sustento empírico para el caso ecuatoriano en específico (Basabe, 2020).

No obstante lo mencionado, existe un aspecto que, por lo general, se deja lado al momento de plantear reformas o actualizaciones a la temática de la seguridad en el país, y es en torno a la posición y aportes que puedan surgir desde el plano académico. Así, al ser la seguridad un bien de uso público y gestionado en términos amplios por el Estado, la academia tiene un rol que se enmarca en la capacidad de aumentar las perspectivas de desarrollo, diagnosticar un potencial problema, y con ello elevar los estándares de vida de la sociedad. El problema en este caso, es que se puede evidenciar que la problemática de la seguridad no solamente se percibe desde el sector político-estratégico, sino que también en la desconexión que existe entre aquellos que toman decisiones, y el

contexto sobre el cual “debiesen” pensarse y planificarse aquellas decisiones.

5 La restricción del sector académico

Cuando se considera que el sector académico ecuatoriano es limitado dentro del debate sobre la construcción de una arquitectura de seguridad en el país, aquella aseveración se efectúa sobre una base puntual, y que incluso puede ser derivativa hacia otras realidades institucionales y culturales en América Latina: la brecha que existe entre los tomadores de decisión política-estratégica, y el ámbito académico, al momento de planificar y discutir determinadas estrategias y lineamientos en el sector mencionado. En este sentido, a diferencia de otros países con un mayor desarrollo académico, donde se toma en alta consideración el papel de la universidad como centros de pensamiento sobre temáticas que ayuden al desarrollo y evolución de las sociedades, en conjunto con el papel que juega el ámbito político, en la región se percibe que van por vías separadas, con puntuales excepciones, que incluso en dicho aspecto, se vinculan en temas específicos (Kacowicz y Mares, 2016).

Si el anterior panorama se lleva a la realidad ecuatoriana, y más específicamente en lo concerniente al sector securitario, es posible apreciar que la conexión es profunda, lo cual es entendible desde aspectos que se relacionan con una visión estereotipada y sesgada sobre la seguridad (es decir, la seguridad es competencia exclusiva de militares y policías y, por ende, son los mejores calificados para tocar aquellas temáticas), hasta el hecho de que las universidades y centros de pensamiento, no poseen una masa crítica que permita la generación de lineamientos que permitan una actualización y/o evolución del campo de estudio señalado. Lo cierto es que sin perjuicio de aquella apreciación, la cual se hace palpable en términos cuantitativos, desde un punto de vista cualitativo no es así. Existen una serie de centros de estudios, programas académicos y una masa crítica que, si bien no

tienen un alcance considerable sobre el impacto e influencia de sus postulados en la formulación final de la política pública de seguridad, efectúan análisis y apreciaciones sobre la situación del país, siempre en términos de seguridad. Y es en aquel aspecto, donde se evidencia uno de los problemas en cuestión: el debate como tal es parcial en términos del alcance, debido al hecho de que dicho debate es disperso, al tiempo que no encuentra una respuesta dentro del plano de la toma de decisión político-estratégica.

En relación al punto anterior, es decir la dispersión y su derivación en un alcance parcial del debate académico con respecto a la seguridad en el Ecuador, se establece que aquel fenómeno obedecería, en gran parte, a la inexistencia de una comunidad académica, debidamente formada, que efectúe un abordaje en torno a las temáticas de seguridad que afectan al país. Al momento de considerar la visión sobre la dispersión académica, se realiza en función a que pese al reconocimiento de académicos que trabajan e investigan temas relacionados con la seguridad, en un sentido tanto general como específico, aquello puede considerarse como un esfuerzo de carácter individual, o en su defecto, como parte de la identidad que posee un determinado departamento, sección o programa académico, pero que no necesariamente deviene de una demanda o de una noción conjunta. En otras palabras, no existe una voluntad mancomunada, bajo la perspectiva de comunidad, que permita alzar una voz sobre un tema en particular, y que así tenga un mayor peso a la hora de ser considerado dentro del debate de una política pública relativa a los temas de seguridad en el país (Nunn, 2011).

Pero sin perjuicio de lo anterior, dicha visión puede tener una explicación que se base en parámetros de identidad cultural, puntos de vista y vivencias, que posee una base de características estructurales dentro del Ecuador, y que también permitiría comprender aquella dispersión que se da dentro del ámbito académico, aplicado al

contexto de la seguridad: las diferencias culturales e identitarias que se encuentran en el país, y que en variados casos, entran en conflicto (Rivera, 2012). En este sentido, el hecho de tener diferencias marcadas en determinadas zonas geográficas, ya sea la Amazonía, la sierra y la costa ecuatoriana, dan como resultado que las perspectivas de seguridad, e incluso los temas que provocan la percepción de seguridad, sean diferentes de acuerdo a las realidades que se evidencian en dichas zonas. Así, la perspectiva de seguridad en torno a la Amazonía gira sobre la depredación de los recursos naturales; mientras que en la sierra y la costa, se tiene una visión más cercana a la delincuencia común, pero con grados diferentes de violencia y gestión de la seguridad. Al tener aquellas perspectivas, en conjunto con la separación cultural y de conflictividad que hay con respecto a la cosmovisión que se desea para el país (indígena-sierra-costa), da como resultado que las nociones sobre la seguridad, en una comunidad académica que enfrenta divisiones, no pueda tener un “mínimo común denominador” con respecto a la construcción de una eventual arquitectura securitaria. Pero además, la discusión sobre dichos temas, a nivel de contexto académico, es más fuerte en la sierra si se compara con las otras zonas geográficas mencionadas, lo que da como resultado que la potencial discusión se atomice en “la sierra”, y no decante o considere a las otras realidades identitarias y culturales del país, en sus problemas de seguridad.

Otro de los elementos en lo que se aprecia una restricción, siempre desde el punto de vista académico, es en lo concerniente al ámbito de estudio que se prioriza, al momento de hablar de visiones sobre la seguridad del Ecuador. Debido a la vinculación que se da entre seguridad ciudadana, la ley, y la institución encargada de hacer patente el Estado de Derecho en términos de coerción legítima, cual enfoque o tratamiento sobre la seguridad, se da principalmente bajo el marco del Derecho como campo de estudio. Si bien aquello tiene una explicación sobre la base del

quehacer diario y la aplicación misma del marco jurídico en términos discrecionales (lo legal versus lo ilegal) desde la óptica de la Policía, también es cierto que minimiza cualquier otro elemento disciplinario o del campo del saber, para complementar o fortalecer los aspectos analíticos y argumentativos, al momento de plantear estrategias o políticas hacia la disminución de la inseguridad. Una lógica similar se puede establecer al tomar en cuenta las clásicas visiones securitarias para buscar una solución a los problemas planteados; pero incluso en este punto, la tendencia dentro del campo de los Estudios Estratégicos, es buscar una interdisciplinariedad cuando se analiza un proceso, debido a la multiplicidad de hipótesis en torno a las causas y consecuencias de los contextos conflictivos que afectan la convivencia pacífica dentro de una sociedad (Rivera y Cabrera, 2020).

Finalmente, y debido a que las principales acciones que se dan desde la Policía Nacional y la seguridad ciudadana se dan en un ámbito interno, se privilegia la noción territorial y local, tomando en cuenta una organización administrativa y en términos de planificación con respecto a su actuar, lo que guarda una directa coherencia entre lo deseado y lo realizado. Sin embargo, en la actualidad la visión y perspectiva en torno a las acciones locales, como consecuencia tanto de la misma globalización como a la interconexión cada vez mayor de los países entre sí, el actuar de la delincuencia local, tiene mayores vínculos internacionales, como parte incluso de redes con alcance transnacional que se dedican a actividades fuera del marco de la ley. Lo anterior da como resultado el hecho de que existe una necesidad de estudiar y analizar los procesos que son parte de la delincuencia, como aspectos más relacionados al contexto internacional, visualizando así los acontecimientos que ocurren a nivel nacional como los resultados de eventos que tienen su origen más allá de las fronteras del Estado (Rivera y Bravo, 2020). El problema de lo anterior se da en el sentido de que a nivel académico en el Ecuador, los pocos estudios

en torno a la problemática de la seguridad, se basan en aspectos netamente nacionales, dejando de lado las potenciales conexiones que existen con otros actores que no necesariamente se encuentran dentro del territorio nacional. Esto a su vez, otorga una visión académica restringida, priorizando más las consecuencias de aquellos procesos con alcance interno y ubicándolos como la parte sustancial de cualquier potencial análisis, siendo que los mismos se producen en un contexto de mayor complejidad.

6 Conclusiones

Debatir y establecer un análisis crítico sobre la concepción de seguridad, de cualquier país en el mundo, tiene una serie de complicaciones terminológicas y doctrinarias, especialmente debido a la necesidad de vincular y adaptar conceptos, que pueden ser compartidos en un sentido general por la comunidad académica y del ámbito de la toma de decisiones político-estratégica en ciertos puntos, pero que no necesariamente son aplicables en su totalidad, a las realidades, problemas y desafíos que poseen los países. En este punto, es donde se evidencia que existe un camino largo por recorrer entre lo que se dice, y lo que se hace. Pero sin perjuicio de aquel ejercicio práctico-intelectual necesario, lo cierto es que hay un parámetro que si debe concebirse como base, y es en torno a la localización temporal de lo que se requiere para resguardar la seguridad de las sociedades, y es en torno a las consideraciones y nociones propias de la seguridad del siglo XXI. Este punto, que puede ser tomado en cuenta como lógico, lo cierto es que en las realidades de los tomadores de decisión en el campo de la seguridad, es algo que no necesariamente se da, debido a que aún se mantienen perspectivas securitarias que son propias del siglo XX, como es el caso de la mantención conceptual y doctrinaria de la seguridad nacional.

Lo anterior da paso para que al momento de considerar planteamientos y lineamientos en torno a una nueva arquitectura de seguridad

en el país, esta se efectúe sobre la base de consideraciones que son propias del nuevo milenio, con todas las cualidades que son parte del mismo, y que la gran mayoría de los países en el hemisferio toman en cuenta, ya sea de forma directa o indirecta. En este sentido, el Ecuador no puede aislarse de los acontecimientos que son parte de la agenda securitaria regional; y si bien en los instrumentos que sirven de guía para la planificación de la seguridad, como lo es el Plan Nacional de Seguridad Integral 2019-2030, se menciona explícitamente la necesidad de contar con una visión amplia de la seguridad, aquello se refleja más en un discurso oficial, que en la aplicación efectiva de dichos preceptos en un plano doctrinario y práctico.

Uno de los puntos más sensibles en este trabajo, se refleja en el hecho de que elementos conceptuales, doctrinarios, e incluso en la representación misma hacia la inseguridad, de parte de las autoridades competentes, se refleja en una especie de “círculo vicioso” en torno a la forma en que se planta cara a la delincuencia, los actores y actores de la misma. Dicho círculo se refleja en el aumento del número de Policías cuando aumenta la sensación de inseguridad en un determinado sector, reavivar una mayor rigurosidad en las condenas, o incluso en dotar a los ciudadanos de un potencial acceso a armas de fuego, el cual son más que una solución al problema en sí, son una clara consideración de un problema en la aplicación del pensamiento estratégico: se está poniendo un énfasis en las consecuencias, mas no necesariamente en el origen o causas de dichos procesos conflictivos, lo que finalmente es una composición más cercano a lo táctico que a lo estratégico, al pensar el fenómeno de la inseguridad, de lo que se esperan resultados débiles en la reducción de la delincuencia. Y aquella visión es compartida por una buena cantidad de tomadores de decisión en el ámbito político y estratégico.

Para evitar lo anterior, o en su defecto, minimizar las consecuencias negativas del

mencionado proceso, es que se hace necesario la incorporación de nuevos esquemas de pensamiento, especialmente dentro del ámbito decisional político-estratégico ecuatoriano, incluso tomando en cuenta un cierto sentido de urgencia. Aquel sentido de urgencia se deviene de una particularidad no menor: la disminución del grado de “sorpresa estratégica” al momento de actuar. La idea con ello, es que las decisiones tengan algún grado de previsión al momento de aplicarlas, y no ir directamente con los aspectos clásicos o que ya han sido puestos en práctica, con resultados que no son óptimos, tomando incluso en consideración una visión histórica de los mismos. Por lo tanto, replantear una estructura securitaria en el Ecuador, parte de la base de la modificación de los parámetros intelectuales sobre los cuales se planifica la función de seguridad del Estado, como el rol de los diversos actores que intervienen en dicha función.

Finalmente, como parte de este análisis crítico, el papel que juega la academia, no puede ser relevado de la discusión, debido a que los planteamientos dados en dicho ámbito, deben servir para la construcción que permita un cambio de paradigma dentro del contexto de seguridad que vive el país. Pero en este plano, es donde el Estado debe servir de ente articulador y coordinador, para los esfuerzos dentro de la discusión, tengan un valor de uso en el ámbito de la política pública.

Referencias

- BASABE, SANTIAGO. (2020). Llegas a la Presidencia a punta de palo. *Primicias* (en línea). Recuperado de <https://www.primicias.ec/noticias/firmas/llagar-presidencia-punta-palo-ecuador/>
- BRAVO, DIEGO. (2020). La estadística señala menos delitos, pero la inseguridad no cede. *El Comercio* (en línea). Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/estadistica-delitos-inseguridad-delincuencia-policia.html>

- BUZAN, BARRY & HANSEN. LENNE. (2009). *The Evolution of International Security Studies*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817762>
- CABRERA TOLEDO, LESTER. (2019). La Necesidad de un Cambio de Doctrina de Conflicto Convencional a una de Tiempos de Paz: Los Casos de Chile y Ecuador. *Austral. Brazilian Journal of Strategy & International Relations*, 16 (8), 303-331. <https://doi.org/10.22456/2238-6912.76344>
- CABRERA TOLEDO, LESTER. (2019). La seguridad integral en Ecuador: Una visión crítica del concepto a una década de su concepción. *Revista UNISCI*, 51, 397-416.
- CABRERA TOLEDO, LESTER. (2012). Reflexiones en torno a los conceptos de nuevas amenazas, amenazas emergentes y amenazas no tradicionales. *Escenarios Actuales*, 17 (1), 17-26. <https://doi.org/10.31439/UNISCI-69>
- CASTILLO ARIAS, JAIME. (2009). La Cultura Nacional y su influencia en la estructura de Inteligencia Nacional en el Ecuador. En *Democratización de la Función de Inteligencia. El Nexo de la Cultura Nacional y la Inteligencia Estratégica* (91-111). Washington DC: National Defense Intelligence College.
- CELI, PABLO. (2015). La seguridad multifuncional en la región. En *La multidimensionalidad de la seguridad nacional: retos y desafíos de la región para su implementación* (13-30). Madrid: Instituto Universitario General Gutierrez Mellado.
- COIMBRA, LUIS OCTAVIO. & BRIONES, ALVARO. (2019). Crimen y castigo. Una reflexión desde América Latina. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, 24, 26-41. <https://doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3779>
- GARCÍA, ANDRÉS. (2020). ¿La solución contra la inseguridad es armar a ciudadanos en Ecuador?. *El Comercio* (en línea). Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministro-gobierno-inseguridad-armas-ciudadanos.html>
- GARCÍA GALLEGOS, BERTHA. (2018) La gestión de la seguridad y defensa en el Ecuador 2007-2017, bajo un nuevo marco ideológico y geopolítico. En *Sociedad, Seguridad y Conflicto en América Latina* (193-208). Ciudad de Panamá: Editorial SIEC.
- GERRING, JOHN. (2004). What is a Case Study and What is it Good for?. *The American Political Science Review*, 98 (2), 341-354. <https://doi.org/10.1017/S0003055404001182>
- GONZÁLEZ, MARIO ALEXIS. (2021). El panorama de la delincuencia y la inseguridad en 2021. *Primicias* (en línea). Recuperado de <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/panorama-delictivo-seguridad-poco-alentador-2021/>
- HARO AYERVE, PATRICIO. (2012). Ecuador: entre la seguridad y la inconstitucionalidad. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, 12, 57-70.
- HARO AYERVE, PATRICIO. (2017). *Fuerzas Armadas, petrolerismo y calidad de la democracia: Ecuador y Uruguay*. Quito: FLACSO.
- KACOWICZ, ARIE. & MARES, DAVID. (2016). Security studies and security in Latin America: the first 200 years. En *Routledge Handbook of Latin American Security* (11-30). New York: Routledge.
- LAMONT, CHRISTOPHER. (2015). *Research Methods in International Relations*. London: SAGE.
- Ministerio de Defensa Nacional (2019). *Plan Nacional de Seguridad Integral 2019-2030*.
- Ministerio del Interior (2019). *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia Social Pacífica 2019-2030*.
- MOUZO, KARINA. (2014). Inseguridad y "populismo penal". *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De*

- Seguridad*, 11, 43-51.
<https://doi.org/10.17141/urvio.11.2012.1155>
- NÚÑEZ VEGA, JORGE. (2006). *Cacería de brujos : drogas 'ilegales' y sistema de cárceles en Ecuador*. Quito: FLACSO.
- NÚÑEZ VEGA, JORGE. (2007). “Las cárceles en la época del narcotráfico: una mirada etnográfica”. *Nueva Sociedad*, 208, 103-117.
- NUNN, FREDERICK. (2011). *Relaciones Militares Civiles Sudamericanas en el Siglo XXI*, Santiago, Academia de Guerra del Ejército de Chile.
- ORTIZ, SANTIAGO. (2020). “La violencia en Ecuador aumentó en el 2020, hubo más sicariatos y asesinatos”. *El Comercio* (en línea). Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/muertes-violentas-ecuador-aumento-2020.html>
- PÉREZ ENRÍQUEZ. DIEGO. (2014). Seguridad integral en Ecuador. Dimensiones estructurales y coyunturales de un concepto en consolidación. En *Anuario 2014 de la Seguridad Regional en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.
- PÉREZ ENRIQUEZ, DIEGO. & CRUZ CARDENAS, GALO. (2015). *Transiciones para la conducción civil y reformas en el sector defensa en Ecuador*. Quito: Friedrich Ebert Stiftung -ILDIS.
- PÉREZ, DIEGO. (2018). Fuerzas Armadas en Ecuador. Ideología, políticas públicas y diálogo civil militar. En *El Nuevo rol de las Fuerzas Armadas en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Perú*. Red de Política de Seguridad (101-138). Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Konrad Adenauer Stiftung.
- PONTÓN, JENNY. (2007). Cárceles del Ecuador: los efectos de la criminalización por drogas. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, 1, 55-73.
<https://doi.org/10.17141/urvio.1.2007.1053>
- RIVERA VELEZ, FREDY. & CABRERA TOLEDO, LESTER. (2020). Conceptual hinges between international political economy and Economic Intelligence. Some disciplinary challenges. En *The Routledge Handbook to Global Political Economy. Conversations and Inquiries* (828-842). London: Routledge.
<https://doi.org/10.4324/9781351064545-54>
- RIVERA VELEZ, FREDY. (2012). *La seguridad perversa: Política, democracia y derechos humanos en el Ecuador 1998-2006*. Quito: FLACSO
- RIVERA RHON, RENATO. & BRAVO GRIJALVA, CARLOS. (2020). Crimen organizado y cadenas de valor: el ascenso estratégico del Ecuador en la economía del narcotráfico. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, 28, 8-24.
<https://doi.org/10.17141/urvio.28.2020.4410>
- SAINT-PIERRE, HÉCTOR LUIS. (2017). Amenaza: Concepto, clasificación y proceso de securitización. En *Amenazas globales, consecuencias locales: retos para la inteligencia estratégica actual* (7-32). Quito: ESPE.
- TIPANLUISA, GEOVANNY. (2021). Los planes de candidatos contra la inseguridad con recetas repetidas. *El Comercio* (en línea). Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/planes-candidatos-inseguridad-recetas-repetidas.html>
- VIVARES, ERNESTO. (2020). La Batalla de Quito. En *Octubre y el derecho a la resistencia. Revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador* (111-126). Buenos Aires, CLACSO.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv1gm037d.7>



La agresión sexual en los conflictos prolongados. Derecho de intervenir y obligación de proteger

Sexual assault in protracted conflict. Right to intervene and duty to protect

Lenny Liz Rivas

Universidad Nebrija, España
llizri@nebrija.es
ORCID. 0000-0003-1990-7860

Resumen

Este artículo enfatiza en el uso de la agresión sexual como otra estrategia de guerra en los conflictos armados, demostrando su acusada persistencia como instrumento al servicio del terror que ha sido silenciado o invisibilizado a pesar de haber sido documentado en múltiples conflictos. Este artículo intenta responder a las motivaciones de la agresión sexual como estrategia y/o arma en los conflictos armados, demostrando su impacto tanto a nivel individual como colectivo en la sociedad agredida, matizando su aflicción además de física, psicológica sobre estas y observando si los resortes jurídico-penales contra la agresión sexual en los conflictos, respondidos por las autoridades y organizaciones que velan por los derechos humanos, son efectivos, puesto que tienen la obligación de intervenir y proteger.

Palabras clave: Agresión Sexual; Derechos Humanos; Conflicto Armado; Violación.

Abstract

The main objective of this paper will be to analyse two key issues in the organisational framework of intelligence services. Its professional performance and the parallel academic theoretical advance produced by the use of intelligence in different spaces, public and private, both in search of the reduction of uncertainty in order to help in decision-making. The results show, after analysing the work of one of Spain's leading experts on the subject, Professor Díaz-Matey, that these distortions affect both the functionality and the legitimacy of these bodies, demonstrating the need to seek structural changes beyond rudimentary classification and declassification procedures, which are an obstacle to the generation of scientific content in this respect.

Key words: Sexual Assault; Human Rights; Armed Conflict; Rape.

1 Introducción

Las distintas formas de agresión sexual en los conflictos bélicos han existido siempre a través de la Historia. *“En la literatura científica la violencia se define como actos cometidos con la intención de infligir daño físico a alguien o algo, mientras que la agresión se le concibe como una conducta que intenta dañar en lo físico o en lo psicológico”* (Salas, 2008). En este trabajo utilizaremos el término agresión en vez del usualmente utilizado de violencia cuando nos referimos a la violación de la mujer dado que entendemos que el término agresión es más amplio que el de violencia para describir el evento (Liz & Palacios, 2021; Liz y Delgado, 2022).

Para datar este tipo de acciones contra las mujeres podríamos remontarnos a episodios mitológicos como el “Rapto de las sabinas” en Roma, e incluso remitirnos a textos bíblicos *“Movilizaré a todas las naciones para que peleen contra ti. Te conquistarán, saquearán tus casas y violarán a tus mujeres. La mitad de tus habitaciones irá en exilio, pero el resto del pueblo quedará contigo”*. (Zacarías 14.2). La agresión sexual no es un fenómeno reciente, ni lo son las violaciones masivas en los distintos conflictos en las distintas regiones. Basta recordar las violaciones masivas de alemanas durante la II Guerra Mundial por los soldados soviéticos en su avance, que suele estimarse entre 100.000 y un millón.

En Oriente, el Ejército Imperial del Japón organizó sus prostíbulos con esclavas sexuales (se estiman entre 80.000 y 200.000), en su mayoría coreanas, antes y durante dicha contienda mundial. Aquellos “prostíbulos” nipones se establecieron para que no decayera la moral de las tropas y tratar de canalizar el descontrol sexual en los territorios ocupados, como sucedió en la Matanza (o Violación) de Nanking en 1937, donde se estima que varios millares de mujeres y niñas fueron agredidas por los militares japoneses (Villegas, 2015). Göran Boudry afirma que sólo a finales del siglo XX tales mujeres pudieron redimirse de tal estigma y vergüenza y poder

considerarse desde entonces, víctimas de la guerra (Boudry, 2009). La agresión sexual practicada desde la II Guerra Mundial no está bien documentada y hay sólo indicios de las guerras de descolonización, como también en Vietnam y Argelia. Posteriormente, en tiempos recientes, la agresión sexual ha causado un enorme impacto en conflictos armados como los del Congo, Siria, Irak o Sudán. Pero aunque este fenómeno ha sido común en los conflictos armados desde tiempos remotos, resulta extraño que la comunidad internacional no le haya prestado gran atención.

En realidad, comenzó a hacerlo en las nuevas guerras a partir de los años 90, y sobre todo en las Guerras de los Balcanes (1991-2001), en cuyo conflicto internacional de Bosnia (del 6 de abril de 1992 al 14 de diciembre de 1995) hubo una violación masiva de mujeres (entre 20.000 y 60.000). En estas guerras la agresión sexual formó parte de una táctica estrategia a modo de limpieza étnica, como sucedió en el genocidio de Ruanda (del 7 de abril de 1994 al 15 de julio de 1994), donde los *hutu* eliminaron al 75% de la población *tutsi* y se estima violaron aproximadamente 250.000/500.000 mujeres. En el conflicto de Sierra Leona (del 23 de marzo de 1991 al 18 de enero de 2002), 64.000 mujeres víctimas y en la Guerra de Kivu (2004-2009), en la República Democrática del Congo, unas 40 víctimas diarias (Boudry, 2009, p.186). Fueron las barbaridades cometidas sobre mujeres en la *“II Guerra Mundial”*, las que condujeron a la redacción de los *“Convenios de Ginebra”* (1949) y *“Protocolos Adicionales”* (1977), donde hoy la agresión sexual no se considera una consecuencia secundaria o marginal de la guerra, sino una acción criminal más, que precisa una respuesta internacional.

Aunque en 1975 Susan Brwonmiller con su libro *“Contra nuestra voluntad”* abrió el debate público sobre la agresión sexual contra las mujeres, fue durante los conflictos de los años 90, los que demostraron que la agresión sexual se transformó en una estrategia de guerra más, a modo de genocidio,

adquiriendo notoriedad mediática. La comunidad internacional adaptó entonces a los hechos, respuestas jurídicas mediante los “*Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR)*”, que fueron decisivos en el desarrollo de la jurisprudencia sobre la agresión sexual en conflictos armados. Luego, por el “*Estatuto de Roma*” de 1998, se creó el “*Tribunal Penal Internacional el 17 de julio*”, con sede en La Haya (Holanda), donde se juzgan los crímenes de genocidio, guerra, agresión y lesa humanidad; y, por tanto, los de agresión sexual. Faltará en este análisis evaluar las consecuencias de las violaciones que ya las autoridades están denunciando en el conflicto entre Rusia y Ucrania, pues sería aquí y ahora premeditado exponer, pero que ya evidencia violaciones de derechos sobre las mujeres, tema que aquí nos ocupa y que podría ya ofrecer respuesta nuevamente a una velada impunidad, a pesar del elenco anteriormente descrito pero serán necesarias futuras investigaciones para verificar el alcance del conflicto actual en las distintas fases por las que atraviese.

2 Método

Esta investigación fundamenta su estudio bajo una perspectiva cualitativa en un enfoque histórico hermenéutico, donde hemos llevado a cabo una revisión bibliográfica, entre fuentes primarias entre las que podemos incluir artículos académicos y fuentes jurídicas de carácter internacional y vinculante al objeto de la materia, así como fuentes doctrinales expertas en el fenómeno. En cuanto a la estructura del trabajo fue preciso primero plantear el fenómeno como algo pretérito en el tiempo para seguidamente dotarlo de significado y conceptualización, donde necesariamente hemos definido que es la agresión sexual y sobre todo, el calado que supone el sufrimiento de esta sobre la víctima tanto para ella como para la comunidad donde se desenvuelve, configurándose estos aspectos de carácter ontológico sobre el fenómeno y sus cogniciones para la víctima, el victimario y la sociedad en general, pues su

empleo semántico atribuye calificativos difícilmente comprensibles sin una labor previa de conceptualización como la que hemos acometido. Hemos profundizado a su vez las motivaciones del fenómeno y que motivan su acusada y persistente utilización como táctica de guerra, en el teatro de operaciones durante el conflicto y el postconflicto y restantes aspectos que creemos establecerán una referencia de utilidad para continuar con el desarrollo y estudio del fenómeno en los conflictos coetáneos todavía por discernir, pero que alumbran nuevas manifestaciones aun en necesario estado de investigación.

3 Definición de “agresión sexual” y su empleo como táctica militar en los conflictos sociales prolongados

La ONU en su Resolución “*Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 20 de noviembre de 1993*”, define distintas formas de agresión en su art. 1, como: “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*” (ONU. Resolución 48/104). “*El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al tratar los crímenes de lesa humanidad*” tipifica la “*violencia sexual*” de este modo: “*Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*”(Parte II, art.7, párrafo g).

En dichas formas de violencia comparables, el Estatuto hace referencia a la persecución y a la esclavitud, que sin implicar necesariamente contacto sexual, se tipifican como violencia sexista (Parte II, art.7, párrafo c y h), todas estas de directa aplicabilidad a los conflictos armados. Pero el empleo de la agresión sexual como estrategia va más allá de la agresión personal dado que reúne las siguientes

características: uso sistemático, extensivo y a veces oportunista como táctica alternativa a la propia estrategia militar, de acuerdo con un plan predeterminado y dirigido específicamente contra población civil, en concreto sobre las mujeres y niñas con un balance desigual entre la víctima y el victimario. Pocas veces se aplica la misma agresión sexual en guerra que en paz, al igual que estos crímenes se incrementan cuando el objeto del daño no es la víctima en sí, sino su comunidad de pertenencia. Como señalaría Goffman (1986), en el imaginario colectivo la persona estigmatizada, la anómala que no encaja en el estándar social, puede llegar a ser considerada como que «no es totalmente humana». Esta deshumanización o cosificación de la persona estigmatizada por no ajustarse a la norma facilita la autojustificación de quienes ejercen la agresión contra ella.

“También se produce violencia contra las mujeres que no aceptan los estereotipos de género. Las que luchan por los derechos de las mujeres, las que se hacen combatientes, las líderes de la oposición e incluso las mujeres lesbianas, porque estas últimas, al apartarse del ideal de pureza impuesto socialmente, son acusadas de antipatriotas (Zapico, 2009. p. 6).

La agresión contra mujeres y niñas en conflictos tiene un carácter internacional, por lo que se aplica la jurisprudencia internacional cuya base la hallamos, además de los convenios descritos *ut supra*, también a los “Tribunales de Núremberg” y al “Tribunal Militar para el Lejano Oriente”, donde no hubo una condena explícita a la agresión sexual como crimen de guerra. Luego, en el “IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a personas civiles en tiempos de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949” estableció en su art. 27: “Todas las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. Más adelante, en su art. 127, tipifica como infracciones graves: “[...]el hecho de causar

deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud [...]”. También forma parte de la jurisprudencia el “Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobado por la Asamblea de la ONU el 9 de diciembre de 1949”.

Pese a todo este elenco de convenios y jurisprudencia, la agresión sexual en los conflictos armados quedó impune en mitad del siglo XX hasta los años 90. Fue entonces cuando los mencionados Tribunales TPIY y TPIR trataron por vez primera las innumerables “inculpaciones de violación como crímenes de guerra contra la humanidad y el genocidio”, aunque no había una definición clara ni un consenso sobre violación sexual, tanto en las leyes internacionales como nacionales. Tal fue así que el TPIY dictó penas de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, pero no de genocidio, al considerar que la magnitud era insuficiente; y en cuanto al TPIR, con una definición más amplia, pudo establecer condenas por violación sexual como genocidio dadas las escandalosas cifras de violaciones en Ruanda.

Pese a los avances con ambos Tribunales, sentando jurisprudencia internacional para la persecución de futuros delitos, el número de sentencias resultó mínimo ante las numerosas víctimas que hubo en realidad tanto en la ex Yugoslavia como en Ruanda. Tal y como expuso el “Consejo de Seguridad de Naciones Unidas” el 23 de mayo de 2019: [...] “la violencia sexual, la violación, el terror y la hambruna, métodos de guerra profundamente despreciables, que se siguen utilizando, y quienes intentan ayudar a los más necesitados son objetivos de ataques cotidianos(S/PV.8534).

“Esas son las nuevas armas o los “métodos de guerra” contra la población civil en las actuales guerras: la violencia sexual y la inanición. Unas armas que indignan, pero contra las que no se han desarrollado todavía mecanismos eficientes para su erradicación, “debemos velar por que se establezcan disposiciones jurídicas e institucionales

contundentes que permitan enfrentar la agresión sobre mujeres y niñas en los conflictos armados y puedan articularse instrumentos y medidas para investigar y enjuiciar a los autores” (p.25).

4 Los fines de la agresión sexual en los conflictos

Con la agresión sexual practicada en el conflicto armado se pretende alcanzar muy diversos fines: objetivos políticos y/o militares; anexiones territoriales; motivar al combatiente; venganza, humillación, dominio, como sistema de “limpieza social”, temor, exilio o desplazamiento de una comunidad o grupo étnico; incrementar todas las secuelas de un conflicto armado (físicas, psicológicas y sociológicas); y obstaculizar cualquier intento de restablecer la paz en un país o en un territorio del mismo.

Es más, la agresión sexual es persistente en aquellas comunidades donde la mujer está sometida a la obediencia de su marido y existe un sentido de pertenencia al mismo, su matrimonio es obligado, su herencia familiar y su fortuna pasa a propiedad del marido. Por tanto, el rol social de la mujer resulta secundario y siempre subordinado al hombre; y la costumbre y/o el Derecho hace muy vulnerable su posición cuando es víctima de agresión sexual, en cuanto a que no sólo supone un grave daño a ella, sino también a su familia y a su comunidad. Y es que las formas de agresión son muchas y raras veces se ejercen de una sola forma. Además, se trata de “un fenómeno sumamente difuso y complejo”, puesto que en algunos casos “es una cuestión de apreciación” y lo que para unas personas no es agresión, sino un comportamiento aceptable, para otras no lo es, puesto que es una noción que “está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan” (OMS, 2002).

Para los expertos, este nuevo paradigma quedó expuesto tras los conflictos armados de los Balcanes y Ruanda, donde la proporción de

víctimas civiles “en relación con los heridos y muertos militares y paramilitares, junto con el número de personas desplazadas no tenía parangón” (García, 2013).

“Y es que pese al numeroso cuerpo de normas y convenios internacionales elaborados en aras a proteger a la población civil –víctima pasiva de las situaciones de conflicto–, la evidencia muestra cómo las poblaciones civiles, y muy particularmente las mujeres y las niñas/niños, son usadas como arma de guerra u objeto al servicio de las distintas necesidades de algunos contendientes y fines, desde servicios sexuales a la obtención de recursos económicos, ejerciendo estas violencias de forma cada vez más cruel hasta llegar al sadismo” (Odio, 2001).

Esos conflictos evidenciaron un fenómeno que no era nuevo, pero del que no se tenía registro en tal volumen: una «sexualización extensiva de la violencia [que] es observable en prácticamente todas las nuevas guerras» (Munkler, 2005), y afecta a todas las partes de la sociedad civil de esas zonas de conflicto/posconflicto, como a mujeres combatientes (militares y guerrilleras), y se extiende a aquellas personas que no cumplen con las “normas sexuales y de género”. Tal como advierte Segato (2014) que:

“La agresión sexual pasa a ocupar una posición central como arma de guerra productora de crueldad y letalidad, dentro de una forma de daño letal que es simultáneamente material y moral. La impresión que emerge de ese nuevo accionar bélico es que la agresión, la dominación y la rapiña sexual ya no son, como fueron anteriormente, complementos de la guerra, daños colaterales, sino que han adquirido centralidad en la estrategia bélica”.

María Villellas (2015) en su estudio “Cuando la agresión sexual es arma de guerra” explica cómo en estas sociedades la agresión sexual es evidente en los conflictos armados y resulta muy común para humillar simbólicamente al enemigo, ya que, al ser la mujer una posesión del hombre, se entiende que éste ha sido incapaz de defender “su” propiedad

femenina. Pero además, en la cultura militar de estas sociedades existe una “camaradería” que exalta la masculinidad heterosexual e incluso se crea una identidad “hipermasculina” en la que priman aspectos como: agresividad, competitividad, misoginia, dominación y violencia.

Precisamente en esta sesgada socialización militar se establecen vínculos estrechos entre los soldados regulares o guerrilleros, mediante una fuerte presión de grupo, que pueden conducir a prácticas de agresión sexual, como un alarde de superioridad sobre el enemigo, entendiéndose que son efectos secundarios o colaterales de los conflictos armados. En estas comunidades, la mujer no sólo es víctima de la agresión, sino que, por si fuera poco el daño que ha sufrido, la violación suele suponerle el repudio de su propia comunidad. Por tanto, ante tal amenaza a su estatus, la mujer víctima puede verse forzada a encubrir a su agresor y a guardar en secreto el delito.

En los nuevos conflictos armados, la agresión sexual puede ser empleada como recurso táctico contra grupos sociales o etnias para generar terror entre la población, donde la mujer puede formar parte del botín de guerra, ya sea para convertirse en concubina de sus agresores, prestar servicios domésticos, e incluso se utiliza como “mercancía” humana para ser vendida como esclava sexual en los mercados o a las redes del crimen organizado. Por otra parte, la agresión sexual se practica al término de estas nuevas guerras con dos objetivos: impedir el logro de una paz duradera y destruir un Estado o evitar su creación o reconstrucción.

Donde no exista un Estado o se trate de un Estado fallido, es más proclive a constituirse formas de agresión sexual de forma general o sistemática, siendo ejercida por tribus, grupos étnicos o señores de la guerra de grupos rebeldes o armados, como táctica de guerra contra comunidades donde los criterios étnicos, raciales, religiosos, culturales o sociales están muy arraigados. Los objetivos son esencialmente aterrorizar tales

comunidades mediante la masacre, la persecución, el terror, agresiones sexuales masivas, y privarlas de derechos humanos y justicia social. Es decir, que queden privadas de la seguridad, de la justicia, del reconocimiento y del desarrollo social, político o económico; identidad cultural o religiosa, al igual que otros derechos humanos (Payá et al., 2018).

En estas comunidades, las mujeres se consideran depositarias y transmisoras de sus valores y tradiciones. En ocasiones representan simbólicamente a su comunidad y nación y a sus roles como reproductoras biológicas e ideológicas de las mismas. Por tanto, cuando se agrede sexualmente a la mujer, no sólo se busca dañarla como persona, sino también se pretende mancillar el sentido de comunidad o de nación. En los años 80, Edward E. Azar y John Burton trabajaron juntos en la Universidad de Maryland sobre el “conflicto social prolongado”, concepto teórico en el que se mezclan factores internos y externos, para analizar cómo estas comunidades víctimas en las nuevas guerras, son privadas de derechos humanos tan básicos como la dignidad, la seguridad o el reconocimiento, entre otros que acabamos de reseñar.

Precisamente, como resultado de tales estudios Edward E. Azar (1990), divulgó el concepto de “conflicto resistente” refiriéndose a cualquier conflicto arraigado y estructurado que perdure en el tiempo y resista a casi todos los intentos de resolución. Para él, la agresión sexual es una táctica de guerra para prolongar los conflictos sociales e impedir que la paz sea duradera; y por tanto, sólo cesa por completo como tal, cuando los objetivos militares y/o políticos han sido completamente alcanzados (Fernandez & Liz, 2019).

Por último, sólo insistir en que aquí empleamos conceptualmente la agresión sexual tal como lo hace Azar. Por tanto, no es un medio o instrumento diferente y ajeno al empleo de las armas para dar continuidad al conflicto. En este contexto, la agresión sexual

sobre las comunidades puede tener los siguientes resultados:

- A) La desarticulación entre la sociedad y el Estado autoritario o débil que no controla a sus Fuerzas Armadas y Policiales, y a unos grupos sociales o étnicos que resultan beneficiados por la prolongación del conflicto.
- B) El genocidio de un grupo social, sea físico y/o cultural.
- C) Todo gobierno dominado por grupos sociales o etnias termina creando una “crisis de legitimidad” ante su sociedad, convirtiéndose en “ilegítimo” y por tanto cuestionado por sus contrarios. Tal hecho, unido a la situación de sumisión de la mujer favorece en gran medida la violencia sexual por los dominadores, como también por las fuerzas militares y policiales (Liz, 2018;2021).
- D) Los grupos sociales y etnias dominantes en las nuevas guerras tienen muy fácil acceso a las redes del crimen organizado por la globalización: tráfico de armas y narcotráfico, principalmente (Fernandez y Delgado, 2016; Delgado, 2023). En las nuevas guerras, dada la desigualdad de género que existe en las mencionadas comunidades, el tráfico de mujeres y niñas resulta un negocio muy rentable (Liz & Delgado, 2019; Liz, 2020;2021) y una de las fuentes más importantes de financiación empleadas durante el conflicto armado (Morgan, 2009, pp.166-167).

5 Modelos de intervención del “Consejo de Seguridad de la ONU” aplicables a la agresión sexual: del derecho de intervenir y a la obligación de proteger

Todo estado soberano es responsable de su Seguridad y Defensa conforme al Derecho Internacional, lo que implica su deber

supremo de ofrecer una vida segura garantizada y sin amenazas a sus ciudadanos (Payá & Luque, 2021). Entonces podríamos preguntarnos; ¿Qué entendemos por vida segura garantizada? Lo será cuando existan las condiciones que juzgamos indispensables: seguridad física, económica y social; derechos humanos protegidos, la dignidad humana y las libertades esenciales. Y en lo referente a las numerosas amenazas a la vida, podemos mencionar: pobreza extrema, hambre, conflictos étnicos, desintegración, desplazamientos, exterminio de poblaciones, epidemias mortales, agresiones sexuales, integrismos, narcotráfico, delincuencia organizada y armas de destrucción masiva, entre otras (Payá & Delgado, 2017).

Aunque todo Estado tiene que respetar la soberanía de los demás Estados conforme al Derecho Internacional, esto no impide que pueda ocurrir la necesaria formación e intervención de una coalición de Estados para afrontar tales amenazas, máxime cuando el mundo está globalizado (Delgado, 2023). La obligación y el derecho de intervención suponen la aplicación de un modelo de intervención. Por su parte *“La Carta de Naciones Unidas, suscrita el 26 de junio de 1945 por los representantes de 50 países (80% de la población mundial) en San Francisco y en vigor desde el 24 de octubre de 1945, es el tratado internacional fundacional de la ONU, y el que sienta las bases de su constitución interna”*. Su Capítulo I trata sobre sus propósitos y principios y en su art. 2.1 establece la *“igualdad soberana de los Estados”*: *“La Organización está basada en el principio de igualdad soberana de todos sus (países) Miembros”*.

Y luego en el art. 2.7 prescribe la *“no intervención en los asuntos internos de los Estados”*: *“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se*

opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

Por tanto, todo Estado es soberano y tiene que respetar la soberanía de los demás Estados miembros de la ONU. Pero el Estado soberano a su vez no sólo carece de un poder ilimitado para emplearlo contra sus ciudadanos, sino que es el responsable de *“garantizar los derechos y la dignidad de los mismos”*. En este sentido *“El Consejo de Seguridad de la ONU”* autoriza a los Estados el empleo de la fuerza en tales casos por el mencionado Capítulo VII, de la mencionada Carta fundacional (arts. 39 al 51).

En su art 39 dice: *“El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Arts 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”*. El art. 41 permite a los Estados la adopción de medidas que excluyan la intervención de fuerzas militares: *“El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”*.

Mientras que el art. 42 disponía el empleo de la respuesta militar como legítima alternativa a las medidas del artículo anterior: *“Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o*

terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”(Delgado, Jiménez & Jiménez, 2019).

La acepción *“derecho o deber de intervención”* en la *“Carta de Naciones Unidas”* de 1945 aplicado a las misiones de paz de la ONU suponía de por sí una *“confrontación”*. Pero además, pudiera suceder que en un conflicto armado los principios empleados por la misión de paz para proteger a una población amenazada o víctima de genocidio fueran inadecuados, como se demostró en Tribunales TPIY y TPIR que evidenciaron por vez primera el fenómeno en facetas no imaginables, cuando es la fuerza pacificadora la también puede incurrir en atentados de agresión sexual (Anderlini, 2017), o por ejemplo, cuando la intervención supone situarse necesariamente de un lado de las fuerzas combatientes, rompiendo por tanto su neutralidad e imparcialidad en el conflicto (Delgado, 2023; Delgado, Mazurier, & Paya 2019).

3.1 El Informe *“La Responsabilidad de proteger”* de la ONU: un nuevo modelo y sus problemas de aplicación en cuanto a la legalidad y la autoridad

Hoy los conflictos interestatales con la excepción del vigente conflicto ruso-ucraniano, son muy poco frecuentes y las intervenciones jurisdiccionales suelen aplicarse dentro de la propia jurisdicción de un Estado para proteger a su población ciudadana ante las amenazas y actos contra la vida y violación masiva de derechos humanos en su territorio.

El Informe *“La Responsabilidad de proteger”*, elaborado a finales de 2001 por la *“Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados” (CIISE)*, surge ante los posibles atentados, amenazas y actos contra la vida, considerándolos no como un asunto estatal interno, sino un asunto que afectaría a la Comunidad Internacional. Además, este Informe convertiría en responsable subsidiaria y quedaría obligada a intervenir

para proteger a los ciudadanos afectados, considerándose que su responsabilidad de dar protección siempre prevalecería al principio de no intervención. En cuanto al nuevo modelo de intervención del Informe “La Responsabilidad de proteger” (2001), supuso un cambio muy diferente de perspectiva y un enorme avance respecto al anterior modelo de la “Carta de Naciones Unidas”:

1º. Sólo se realizaría en caso de extrema gravedad. Es decir, como último recurso para evitar el daño masivo a la población, en caso de que el Estado sea el que lo realice o carezca de capacidad o voluntad para evitarlo.

2º. No se haría bajo el “derecho o deber de intervenir”, sino de la “responsabilidad de reaccionar” bajo el “derecho de proteger”, que implica todo un conjunto de acciones y respuestas adoptadas a corto, medio y largo plazo, desde la “responsabilidad de prevención” de la amenaza hasta la “responsabilidad de reconstrucción”, para evitar futuras situaciones recurrentes (ICISS, 2001).

3º. Las medidas coercitivas aplicables serían: políticas, económicas, judiciales o militares.

Por otra parte, este segundo modelo de intervención en Estados soberanos no carece de problemas: autoridad, legalidad, capacidad de intervención y voluntad política. Veamos los dos primeros problemas, el de la legalidad y el de la autoridad, por ser aplicables a la intervención por atentados masivos contra los derechos humanos, entre estos, la agresión sexual. La capacidad de intervención y la decisión política no determinan si es obligatoria la intervención ante casos de agresión masiva de derechos humanos, entre ellos la agresión sexual.

Si bien la ONU es el organismo internacional que representa la autoridad de sus Países miembros, en cuya “Asamblea General” se acuerdan los “códigos de conducta y normativas legales” para “mantener la paz y la seguridad en el mundo”, el sistema de seguridad está principalmente controlado por el “Consejo de Seguridad” al ser el único

órgano con capacidad de decisión y sin supervisión judicial.

Aunque no siempre es así, pues la “Carta de Naciones Unidas” establece que las decisiones de la “Asamblea General” son recomendatorias y no ejecutivas, puede tener una responsabilidad general (artículo 10) y específica (artículo 11) relativa al sostenimiento de la paz y la seguridad. “El Consejo de Seguridad de la ONU”, a propuesta de la “Asamblea General” y mediante su Resolución 1820 de 2008, estableció que la agresión sexual ejercida en los conflictos armados supone una amenaza para la paz y la seguridad, por lo que justificaría una intervención al respecto. Pero esta Resolución no se refiere a la secuencia preconflicto-conflicto-posconflicto, sino a los conflictos sociales prolongados y a las medidas preventivas que deben tomarse contra la agresión sexual antes de que se produzca el siguiente conflicto armado. Estas medidas preventivas pueden ser de carácter operacional o estructural.

Las medidas operacionales de prevención de conflicto son aquellas con las que los Estados asumiendo su responsabilidad, junto con medidas de organizaciones internacionales, se enfrentan a una situación a muy corto plazo, para evitar la aplicación de la agresión sexual; o bien se exoneran de responsabilidades apresando y enjuiciando, a los acusados con sus propias leyes o la entrega de éstos a los órganos penales internacionales. Entre estas medidas figuran: las empleadas para crear un estado de confianza entre las partes; las que determinan los hechos (misiones de investigación que se encargan de buscar evidencias, evidenciar el uso sistemático/masivo de agresiones sexuales y la valoración de un posible agravamiento del conflicto.); “las gestiones diplomáticas; el despliegue preventivo de operaciones de paz; y los tribunales de Justicia”.

El carácter preventivo y de protección de las misiones de paz supone una actitud defensiva por parte de la fuerza militar, por lo que el objetivo legítimo de tales misiones es

garantizar la paz y la seguridad humana; mientras que sus objetivos serían ilegítimos si supusieran acciones como la caída de un régimen, la ocupación y conquista de un territorio y las conquistas territoriales (Morgan, 2009). En cuanto a las otras medidas preventivas estructurales, son aquellas que se realizan para evitar las causas socioculturales que motivan la agresión sexual. En cuanto a la reintegración social de las víctimas de la agresión sexual, forma parte de la estrategia a seguir en la recuperación del posconflicto dentro de los procesos “Desarme, Desmovilización y Reintegración” (DDR), “*allí donde las mujeres y las niñas ven amenazada su supervivencia*” (Bastik et al., 2007).

7 Discusión

Los conflictos de los años 90 transformaron la agresión sexual en un arma estratégica de genocidio por ello, el “Consejo de Seguridad de la ONU” y de manera unánime (15 votos) el 22 de febrero de 1993, se adoptó la Resolución 808, para establecer el “Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia” (TPIY) “*para enjuiciar a los presuntos responsables de las graves violaciones del Derecho Humanitario cometidas en la ex Yugoslavia*” durante la crisis de los Balcanes en 1991, fundamentada en las denuncias constitutivas como una “*amenaza para la paz y seguridad internacional*” (Jiménez et al., 2021).

Hechos confirmados por la “Resolución 827 del Consejo de 25 de mayo de 1993”. Luego, el Consejo adoptó la Resolución 955 en noviembre de 1994, para crear el “Tribunal Penal Internacional para Ruanda” (TPIR), con una estructura similar al anterior, para “*perseguir, arrestar, juzgar, condenar y ejecutar a los autores o promotores del genocidio ruandés*”, sucedido en 1994.

Ambos tribunales penales internacionales fueron muy importantes para el desarrollo de la jurisprudencia sobre la agresión sexual en los conflictos, ya que desde entonces se estableció que constituía un crimen

internacional contra la humanidad, un crimen de guerra y un genocidio. Finalmente, el 17 de julio de 1998 se adoptó el “Estatuto de Roma” durante la “*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

El “Estatuto de Roma” fue la norma fundacional del “Tribunal Penal Internacional de La Haya” (Holanda) y con carácter permanente para juzgar crímenes de genocidio (art. 6), guerra (art. 8), agresión (art. 8bis) y lesa humanidad (art. 7). Por tanto, juzga también los crímenes de agresión sexual. Años después, el “Consejo de Seguridad de Naciones Unidas” adoptó el 9 de junio de 2008 la “Resolución 1820 sobre Violencia Sexual” contra civiles en conflicto, tras una reunión ministerial sobre “Mujeres, Paz y Seguridad”. La citada resolución, consideró que la agresión sexual “*puede*” constituir un crimen de guerra o genocidio, y abogó por prevenir y enfrentar la agresión sexual para mantener la paz y la seguridad internacional.

Para ello instó a los países a perseguir a violadores sexuales, asegurando que toda víctima, sobre todo mujeres y niñas, tiene una protección igualitaria bajo la Ley y un acceso igual a la Justicia; e instó a poner fin a la impunidad por agresión sexual. Pese al avance que supuso la Resolución 1820, no fueron ajenas distintas críticas fundamentadas en la intención de reducir al perfil político la cuestión (Weiss & Anderlini, 2008), “*rebajando el compromiso adquirido anteriormente por los estados miembros en la resolución 1325*” (Anderlini, 2017), no resulta fácil su aplicación en las nuevas guerras por ser Estados fallidos, desestructurados o en procesos de desintegración (no entrando aquí a debatir en actuales conflictos por falta todavía de datos y evidencias, pero que a los ojos y res pública, ya observamos la inacción de todo este elenco de resortes por ejemplo, en el conflicto ruso-ucraniano, sobre el que no podemos en estos momentos extendernos).

Además, la citada resolución 1820 presenta limitaciones al tratar la agresión sexual como estrategia de guerra dirigida a dominar, aterrorizar, humillar, movilizar o expulsar de un territorio por la fuerza, entre otras consideraciones, no teniendo en cuenta la totalidad de objetivos, fines y consecuencias que puede alcanzar con su práctica sistemática para conquistar territorios, motivar a los combatientes en el conflicto armado, emplearla como venganza sobre los miembros de una comunidad, grupo o etnia en un territorio. Tampoco alude a sus consecuencias físicas, psicológicas, sociales y económicas, pudiendo prolongar, agravar o empezar conflictos.

El modelo de intervención bajo el “derecho de proteger” ante el empleo de la agresión sexual supuso un avance al modelo basado en el “derecho o deber a intervenir”. El empleo de la fuerza militar bajo el “derecho de proteger” a una población civil amenazada resulta legítimo como último recurso. Además, aunque exista un código deontológico en la “*Carta de Naciones Unidas*”, convendría establecer un código moral aplicado a los desarrollos normativos de las fuerzas multinacionales participantes en las operaciones de paz en zonas de conflicto y postconflicto (Jiménez, 2017; Torrijos et al., 2018; Caldera et al., 2020).

En las misiones de paz resultas necesarios planes operacionales en términos de prevención, erradicación de la agresión sexual y el tratamiento a las víctimas; dotando de asesores técnicos, creando “unidades de género” con mujeres especialistas con rango o mando directivo (Delgado & Teano, 2019; Luque & Liz, 2021).

7 Conclusiones

Las víctimas subyugadas y/o sometidas a algún tipo de agresión sexual en los conflictos prolongados se enfrentan a enormes desafíos para acceder al sistema judicial. La estigmatización que supone denunciar un problema ya cronificado en los sucesivos conflictos, en los conflictos prolongados y en

el postconflicto, enfrentan graves problemas debidos a traumas que no solo se limitan al propio acto violento, sino a la propia discriminación y dificultad de restablecerse física y emocionalmente, así como poder reintegrarse en una sociedad, que pudiera rechazarla a modo de victimación secundaria, lo que supondría en la víctima, visibilizar el estigma, donde en muchos casos, sus sociedades (y ellas mismas), son consideradas como ya carentes de dignidad desde el evento de la agresión, siendo marginadas por su comunidad y rechazadas incluso por sus familias además de sus maridos, en el caso que los tuvieran, al sentirse estos humillados según sus culturas patriarcales. Será pues necesario indagar en la cifra negra del fenómeno. En criminología se entiende por cifra negra, la tasa de delito desconocido, es decir, el número o desconocimiento de situaciones delictivas que se desconocen porque no han sido denunciados por las víctimas ya sea por miedo a una segunda victimización u otro motivo, o que no han sido descubiertos, y por tanto no se reflejan en informes o estadísticas. Todo esto hace necesario que la comunidad internacional luche no solo por acabar con la impunidad de las agresiones sexuales en todos los ámbitos, ofreciendo mecanismos de reintegración o reconocimiento como víctima en sus sociedades, sino también como el caso que nos ocupa, en los conflictos, conflictos prolongados y postconflictos, actuando y formando en prevención a las fuerzas de seguridad, promoviendo servicios efectivos de apoyo a las víctimas y su entorno aplicando de manera efectiva su derecho de intervenir por la obligación de proteger a la población civil y en concreto, respondiendo contundentemente ante cualquier forma de agresión sexual sobre las mujeres y niñas.

Referencias

- ANDERLINI, SANAM NARAGHI. (2017). UN Peacekeepers’ Sexual Assault Problem. Foreign Affairs. <https://www.foreignaffairs.com/articles/wo>

- rld/2017-06-09/un-peacekeepers-sexual-assault-problem
- AZAR, EDWARD. (1990). *The Management of Protracted Social Conflict: Theory and Cases*. Dartmouth Publishing Company
- BASTIK, MEGAN, GRIMM, KARIN. Y KUNZ, RAHEL. (2007): *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector*. Ginebra (Suiza): Centre for the Democratic Control of Armed Forces.
- BOUDRY, GÖRAN. (2009). Los conflictos étnicos, ¿catalizadores del uso de violencia sexual?. *Monografías del CESEDEN*, 112, Madrid (España): Ministerio de Defensa.
- Carta de las Naciones Unidas*. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>
- Código de Conducta Personal para los cascos azules. Artículo 4. http://www.navedu.navy.mi.th/stg/database/story/data/laukniyom/workjob/bigcountry-workjob/UN-Publications/010-code_of_conduct_Spanish.pdf
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a personas civiles en tiempos de guerra. CICR. Comité Internacional de la Cruz Roja. <https://www-icrc.org/spa/resources/documents/treaty/teatry-gc-4-5tdkyk.htm>
- ONU. Resolución 48/104 “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Adopción: Asamblea General de la ONU. Resolución 48/104, 20 de noviembre de 1993”. <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2018.pdf>
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinión Jurídica, Fortaleza*, v. 21, n. 37, p. 183- 211, maio/ago. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-46641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DELGADO MORÁN JUAN. JOSÉ, & TEANO FULVIA. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis*. *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 11, 93-126. <https://bit.ly/3DVkOOQy>
- DELGADO MORÁN, JUAN. JOSÉ., JIMÉNEZ REINA, JONNATHAN., & JIMÉNEZ REINA, ROGER (2019). Transporte Aéreo Estratégico Militar en las Operaciones Militares Modernas. *Ciencia y Poder Aéreo*, 14 (1), 114-147. Doi: <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderareo.625>
- DELGADO-MORAN, JUAN. JOSÉ.; MAZURIER, PABLO .ANDRÉS. & PAYA SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO. (2019). The race to securitize the arctic in a post-cold War scenario. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 4(1), 59-64.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, JUAN. CARLOS., & DELGADO MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2016). La mujer en el terrorismo suicida. *Estudios En Seguridad Y Defensa*, 11(22), 75-89. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.210>
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, JUAN. CARLOS., & LIZ-RIVAS, LENNY. (2019). Tratamiento basado en resiliencia tras escenarios de exclusión social, en; “Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades”, coord. por Emilio José García Mercader; César Augusto Giner Alegría (dir.) Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 713-724.
- GARCÍA, CATERINA. (2013). Las ‘nuevas guerras’ del siglo XXI. Tendencias de la conflictividad armada contemporánea. *Working Papers*, 323. Intitut de Ciènces Polítiques i Socials. p. 7.
- GOFFMAN, ERVING. (1986) *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Touchstone Edition.
- ICISS. (2001). *The Responsibility to Protect Report of the International Commission on the Intervention and State Sovereignty*.

<https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty>

- LIZ-RIVAS, LENNY. & PALACIOS GARCÍA, ÁNGELES, MARÍA. (2021). La Violencia y la agresión: algunos modelos para explicar su función. En Alberto Gallego Gordón (dir). "Aproximación multidisciplinar a la criminalidad organizada y al terrorismo internacional" Ed. SOTEC. pp. 159-175.
- LIZ-RIVAS, LENNY. (2020). Las menores víctimas del terrorismo desde el ámbito de la victimología del desarrollo, en: "La gestión del riesgo: la inseguridad jurídica y las amenazas a la seguridad", coord. por Claudio Payá Santos, Manuel González Folgado, Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 241-251.
- 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. 2022
- LIZ-RIVAS, LENNY. & DELGADO-MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2019). Women's Media Narratives in Migration, en: "Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades", coord. por Emilio José García Mercader; César Augusto Giner Alegría (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 283-297.
- LIZ-RIVAS, LENNY. (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;"Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente " coord. Por Emilio José García Mercader, Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.), Juan Jose Delgado Morán (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955.
- LIZ-RIVAS, LENNY. (2021). Geopolítica hidro-hegemónica china en la cuenca del río Mekong. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, (30), 108-120. <https://doi.org/10.17141/urvio.30.2021.4770>
- 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". Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- MORGAN, IVÁN. (2009): Violencia sexual y nuevas guerras, *Monografías del CESEDEN*, 112.
- MUNKLER, HERFRIED. (2005). Asimetría y privatización de la violencia. Siglo XXI Editores., 2005.
- ODIO BENITO, ELIZABETH. (2001). De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra). Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (Codhem), Mayo/Jun, pp. 98-112.
- OMS.(2002) Informe Mundial sobre la violencia y la salud. OPS-OMS. p. 4.
- PAYA-SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO, & LUQUE-JUÁREZ, JOSÉ. MARÍA. (2021). El sistema de inteligencia criminal ante las nuevas amenazas y oportunidades del ciberespacio. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(36), 1121-1136. <https://doi.org/10.21830/19006586.855>
- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO. AUGUSTO., & DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ, (2017). Use of cyberspace for terrorist purposes. En J. Ramírez & L. García-Segura (Eds.), *Cyberspace. Advanced sciences and technologies for security applications*. Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-54975-0_12
- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO. AUGUSTO., DELGADO MORÁN JUAN. JOSÉ, & MAZURIER PABLO. ANDRÉS. (2018). Individual terrorism as a response to the distorted phenomenon of cultural identity. En J. Ramírez & G. Abad-Quintanal (Eds.), *Cross-cultural dialogue as a conflict*

management strategy. *Advanced sciences and technologies for security applications*. (pp. 34-45). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77231-8_4

SALAS-MENOTTI, IRENE. (2008). Significado psicológico de la violencia y la agresión en una muestra urbana colombiana. *Diversitas*, 4(2). <https://doi.org/10.15332/s1794-9998.2008.0002.09>

SEGATO, RITA, LAURA. (2014). Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. *Soc. Estado*. vol.29 (2). <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6992201400020 0003>

The Responsibility to Protect (ICISS). Report of the International Commission on the Intervention and State Sovereignty. <https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty>

VILLELLAS, BARBEITO, MARÍA. (2015). Cuando la violencia sexual es arma de guerra. *Pikara. Online Magazine*. 24 de junio. <http://www.pikaramagazine.com/2015/06/cuando-la-violencia-sexual-es-arma-de-guerra/>

WEISS, CORA, & ANDERLINI, SANAM NARAGHI. (2008), Doing no more harm than good: US-sponsored Security Council Resolution on sexual violence in war.

ZAPICO BARBEITO, MONICA. (2009). *Género y conflicto armado. Causas y consecuencias de la victimización de la mujer en la guerra*. XI Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Córdoba.



El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional

The undercover agent in the face of transnational organised crime

Norberto Aser González Trigo

Miembro del las FFCCSSEE. Oficial de la Guardia Civil

asertrigo@gmail.com

ORCID. 0009-0006-4794-4123

Resumen

El Estado tras haber asumido el monopolio de poder de modo exclusivo y excluyente sobre su territorio y personas que en el residen, se ha convertido en soberano único. Si bien, estas últimas décadas la soberanía estatal ha sufrido un proceso de desgaste sobre sus cimientos y estructuras, lo que a su vez ha generado brechas de poder que amenazan las sociedades democráticas. De tal manera que, esas debilidades son aprovechadas por la delincuencia transnacional organizada, la cual requiere para impedir su proliferación, entre otras medidas, de técnicas especiales de investigación tales como el agente encubierto y el agente encubierto informático. A su vez, otro aspecto diferenciador de estas estructuras criminales es su transnacionalidad, en su contra, el concurso interestatal resulta imprescindible para llevar a cabo una lucha eficaz para evitar su propagación. De esta necesidad, se conforman Equipos Conjuntos de Investigación en el ámbito de la UE, el poder disponer del apoyo de Europol e Interpol, e incluso, existe una tendencia hacia la armonización normativa global para facilitar, desde la legalidad, la coordinación interestatal.

Palabras clave: agente encubierto, agente encubierto informático, criminalidad organizada transnacional.

Abstract

The State, after assuming a monopoly of power in an exclusive way over its territory and the people who reside in it, becomes the sole sovereign. Although, in recent decades, state sovereignty has suffered a process of wear and tear or degradation on its foundations and structures, which in turn has generated power gaps that threaten democratic societies. These weaknesses are taken advantage of by transnational organized crime, which requires, among other measures, special investigative techniques such as undercover agents and technological secret agents to prevent its proliferation. An interstate competition is essential to carry out an effective fight to prevent its spread. From this need, Joint Investigation Teams are formed at the EU level, with the ability to have the support of Europol and Interpol, and there is even a trend towards global regulatory harmonization to facilitate, from legality, interstate coordination.

Key words: undercover agent, undercover computer agent, transnational organized crime.

Cómo citar este trabajo: González Trigo, Norberto Aser. (2023). El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional.. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 85–94. <https://doi.org/10.46661/respublica.8062>

Recepción: 06.12.2022

Aceptación: 22.01.2023

Publicación: 05.05.2023

Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

El siglo XVII ha sido testigo de una serie de acontecimientos históricos que incitaron al Estado a mutar para dejar atrás las Instituciones concebidas y vinculadas al poder absolutista que poseían los monarcas sobre su territorio y personas que en él residían. Esto es, ejercían bajo su dirección la política interior y exterior, la elaboración de las leyes, la administración de justicia, el mando de sus ejércitos, y a través de un cuerpo de funcionarios dependientes del rey recaudaba impuestos. Así, tras la Paz de Westfalia en el año 1648, que pone fin a la guerra de los Treinta Años, no sólo altera los límites territoriales de determinadas naciones sino que movidos por la corriente racionalista nacida de la Ilustración que da comienzo en el año 1685, los Estados se transforman en comunidades políticas cuya dirección gubernativa ya no corresponde al monarca en exclusiva, sino que éste se subordina a la Ley emanada del Parlamento.

Fruto de las circunstancias descritas, el Estado se estructura en tres órganos para el reparto de Poder: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que a lo largo de estos siglos han ido mantenido relaciones institucionales tendentes a lograr un equilibrio de poder, de no confusión, ya que la división rígida y absoluta del mismo según Roca, no ha dejado de “ser un mito, una ilusión desprovista de sentido histórico”¹.

Nace así el concepto de soberanía nacional, principio político que se sustenta en la cesión del poder al pueblo de un determinado Estado-nación (un territorio definido,

población constante y gobierno) que es ejercido a través de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) como se ha citado. De forma análoga surge el principio de integridad territorial, propósito de capital importancia y actualidad recogido en el artículo 2.4² de la Carta de Naciones Unidas. Estos hechos convierten al Estado en una organización política que de forma plena, exclusiva y excluyente ejerce la soberanía sobre su territorio (plataforma continental, subsuelo, mar territorial y espacio aéreo), cuya injerencia externa sobre alguno de estos tres elementos e independencia política, ha de considerarse un acto hostil a su soberanía. Desde este instante, el Estado ha de evitar el fraccionamiento de su poder, a la vez que impedir la quiebra del principio indivisible de soberanía, fuente de su autoridad unitaria, y cuya segmentación provocaría la incapacidad de garantizar la paz interna y por ende su existencia misma.

Siguiendo este hilo argumental, se plantea la interrogante de si los estados, tras el fin del periodo de guerra fría, poseen los recursos necesarios para garantizar por sí mismos la seguridad interna e incluso externa, o si por el contrario, se encuentran en disposición de acometer los peligros que la delincuencia transnacional organizada³ pueda provocar sobre las instituciones políticas gubernamentales, y aquellas otras que vertebran la sociedad democrática.

De relieve son las medidas normativas⁴ que sobre esta amenaza estratégica se están adoptando, en el caso del Estado español, se trata de la Estrategia de Seguridad Nacional

¹ Roca, F. J. G. (2000:47).

² *Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

³ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en diciembre del año 2000. En su art. 2.2 define qué se entiende por grupo delictivo organizado: “se entenderá

un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁴ Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

regulada por Real Decreto, esta norma jurídica destaca la necesidad de la identificación temprana de este tipo de amenaza, y coordinación entre Servicios de Inteligencia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y autoridades fiscal y judicial.

En ese mismo plano cooperativo y preventivo, el Estado español también apuesta por un multilateralismo reforzado para dar respuestas punitivas transnacionales concretas a un tipo de delincuencia que opera más allá de los estrictos límites territoriales donde el Estado no puede ejercer su poder legítimo. Así, es perentorio aunar esfuerzos coordinados entre estados para evitar los daños⁵ que el crimen organizado causa a la sociedad, al ser sobre los que recae –en última instancia- el control y la dirección a seguir por la política global al residir en ellos la fuente de poder formal.

Con todo, son distintas las iniciativas que de mayor a menor amplitud espacial, recogen la necesidad de establecer vínculos de coordinación y técnicas especiales de investigación con el fin de luchar de modo eficaz en contra de la delincuencia transnacional organizada. Tal es así, que en una esfera global se encuentra la ya mencionada Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que se ofrece como instrumento eficaz y marco jurídico global para establecer vínculos bilaterales o multilaterales de cooperación internacional.

⁵ Daño reconocido en la Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave.

⁶ 1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su

Ese mismo Convenio, resalta que la cooperación se subordina al respeto de los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los estados, además de la no intervención en los asuntos internos de los mismos, que como se ha señalado, son los límites infranqueables de la soberanía.

Reseñable es el contenido del artículo 20⁶ del citado Convenio que hace mención a las susodichas técnicas especiales de investigación, a la entrega vigilada, a la vigilancia electrónica, y a las operaciones encubiertas, método este último sobre el que se desarrollará la figura del agente encubierto. Esta modalidad de investigación resulta propicia para los supuestos de criminalidad organizada transnacional, que en ámbito europeo, se encuentra regulada en el Convenio europeo de asistencia judicial, en concreto, el artículo 19.1⁷ del Segundo Protocolo Adicional⁸, que abre la posibilidad de llevar a cabo operaciones conjuntas encubiertas en el territorio de los Estados parte, y cuyos mecanismos para su materialización se pueden articular por medio de la Decisión Marco del Consejo⁹, que en su artículo 1, permite la creación de Equipos Conjuntos de Investigación, en adelante ECI, para la persecución de infracciones penales.

2. Agente encubierto

La postmodernidad se caracteriza por ser disruptiva, vivimos en un mundo

territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

⁷ **19. Investigaciones encubiertas.** 1. La Parte requirente y la Parte requerida podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones penales llevadas a cabo por agentes que actúen de manera encubierta o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).

⁸ Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

⁹ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. (2002/465/JAI).

excesivamente cambiante e incierto, este panorama permite que afloren nuestras debilidades por la propia incapacidad de adaptarnos a un entorno que torna de modo rápido y profundo. A la sazón, la criminalidad organizada reta al Estado, porque demanda de éste respuestas inmediatas y eficaces para frenarla, esto exige mostrar una capacidad de adaptación notable, de lo contrario, los responsables de este tipo de actividades delictivas tomarán partida y ventaja por los pingües beneficios que este modo criminal de vivir ofrece.

Se deduce que no es una alternativa sino una necesidad urgente poner en marcha instrumentos de prevención y represión para evitar que afloren este tipo de actividades criminales organizadas. De ello, surge el agente encubierto como instrumento de política criminal, al cual se le asigna un rol preponderante al ofrecerse como recurso valioso al sistema de respuestas estatales. Ya que, aunque el Estado dispone de muchos recursos, estos son insuficientes para evitar que las organizaciones criminales internacionales, a la vez que franquean el muro de la soberanía, puedan socavar los cimientos sobre los que se sustentan las sociedades democráticas, en síntesis, se demandan una serie de reacciones ordenadas

y coordinadas para no incurrir en actos que pongan en riesgo las relaciones interestatales.

Entonces, salvar este escollo exige que la normativa interna recoja esta técnica de investigación, la cual requiere de la infiltración voluntaria de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en sus funciones de Policía Judicial, mediante una identidad supuesta o falsa otorgada por un plazo inicial de seis meses por el Ministerio del Interior, desarrolla su actividad de investigación visada por el Juez Instructor o el Ministerio Fiscal.

Todos estos requisitos han sido regulados en el año 1999 por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECRIM, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Que en su artículo segundo añade al Título III del Libro II de la LECRIM, un artículo 282 bis¹⁰, quedando así establecida la posibilidad legal que los funcionarios policiales de la Policía Judicial puedan utilizar una identidad supuesta, para mediante control judicial y fiscal, poder obtener pruebas lícitas en escenarios de delincuencia organizada.

Los delitos sobre los que puede investigar el agente encubierto son los enumerados en el apartado 4 del artículo 282 bis¹¹, además de

¹⁰ **Artículo 282 bis 1.** A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

¹¹ a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

los señalados en el art. 588 ter a¹² en relación con el art. 579.1¹³, ambos de la LECRIM.

Con posterioridad a esta modificación legislativa, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, el legislador, ha decidido añadir dos nuevos apartados 6 y 7¹⁴ al artículo 282 bis, incorporando *ex novo* la figura del agente encubierto informático.

Esta decisión trae causa por la dificultad que entraña la detección y persecución de delitos que se cometen a través de internet, un tipo de criminalidad que se sirve de este medio masivo de comunicación al proporcionar anonimato de los autor/es y extraordinaria capacidad extensiva.

Mencionar también, que el informe sobre la cibercriminalidad en España del año 2021¹⁵,

l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.

m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.

o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

¹² Artículo 588 ter a *Presupuestos*

La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier

¹³ Artículo 579 De la correspondencia escrita o telegráfica.

1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo

elaborado por la Dirección General de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad, muestra que en el año 2017 se habían cometido un total de 117.399 hechos delictivos conocidos, para pasar en el año 2021 a un total de 305.477, siendo la tipología delictiva dominante, el fraude informático con un porcentaje del 87.4%; el resto se reparte del modo que sigue: contra el honor 0,5%, amenazas y coacciones 5,7%, falsificación informática 3,4%, acceso e interceptación ilícita 1,7%, delitos sexuales 0,5%, interferencia de datos y en sistema 0,7%.

De este notorio incremento delictivo se hace eco la prensa española en el sentido de situar a España en el foco de los ciberataques: líderes mundiales en robo de datos y claves bancarias¹⁶, colocando a nuestro país en la

de, al menos, tres años de prisión. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Delitos de terrorismo.

¹⁴ «6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.»

¹⁵

<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/Informe-Cibercriminalidad-2021.pdf>

¹⁶

https://www.elespanol.com/omicrono/tecnologia/2020703/espana-ciberataques-lideres-mundiales-datos-claves-bancarias/684181643_0.html

octava¹⁷ posición en la lista de los países del mundo más ciberatacados por amenazas de 'ransomware'¹⁸.

En síntesis, a la dificultad intrínseca que requiere la persecución de delitos cometidos en este ámbito espacial, se le une en ocasiones al carácter transnacional de determinadas conductas delictivas, lo que hace necesario recurrir en uno u otro caso a la infiltración policial en la red para poder luchar de modo eficiente contra las organizaciones criminales, las cuales mantienen sus estructuras ocultas o distantes del lugar de consumación del delito. En otras palabras, "la eficacia de las tareas investigadoras realizadas en red presenta unas circunstancias específicas en cuanto a medios, estructuras y operativa policial, vista la inmediata capacidad expansiva de los efectos dimanantes de los hechos investigados"¹⁹.

Conviene aclarar, que la figura del agente encubierto informático posee unas características que lo hacen distinto del agente encubierto convencional, pues en el primer caso actúa sobre canales cerrados de comunicación.

Como señalan Marcos & Tejada²⁰, para considerar que se trata de un canal cerrado de comunicación han de concurrir dos elementos, esto es: "la existencia de una clasificación de seguridad para acceder al mismo. Dicha clasificación de seguridad, además, deber ser de una cierta entidad, de

tal manera que permita realizar una criba, o delimitación, de los sujetos que pueden ser parte en dicho canal de comunicación".

Según los autores, no formarían parte de este tipo de canales "páginas web, redes sociales, foros de comunicación, en que sea suficiente aportar un nombre y apellidos ficticios para conseguir el alta (...) matizan que la clasificación de seguridad de ser de una cierta entidad, invitación previa, aportación de documentación auténtica, aportación de material ilícito... (...); el segundo elemento sería la existencia de una expectativa razonable de privacidad (...) debe suponer que todos aquellos que intervienen en el canal de comunicación tienen que tener una expectativa razonable de que todo lo que van a publicar, o compartir, en el seno del mismo no vaya a ser observado por terceros ajenos".

Abundando sobre este asunto, los canales cerrados se diferencian del ciberpatrullaje, que es el rastreo que realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en virtud de una actividad policial encaminada a la prevención de actos delictivos, estas labores cotidianas de vigilancia policial en redes abiertas facilitan la realización de diligencias de investigación²¹ cuando se detectan hechos presumiblemente delictivos.

A su vez, tampoco resulta indispensable que el agente encubierto informático actúe en escenarios de delincuencia organizada, ya que el art. 282bis.6 LECRIM, permite que la

¹⁷

<https://www.europapress.es/portaltic/ciberseguridad/noticia-espana-octavo-pais-mas-atacado-ransomware-segunda-mitad-2021-20220215123135.html>

¹⁸ Definición según INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad): El ransomware es un tipo de malware que toma por completo el control del equipo bloqueando o cifrando la información del usuario para, a continuación, pedir dinero a cambio de liberar o descifrar los ficheros del dispositivo.

¹⁹ Gómez, R. S. (2016). El agente encubierto informático. La ley penal.

²⁰ Marcos, J. G., & Tejada, J. I. Z. (2021:7). Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley

de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación preliminar. Revista Aranzadi Doctrinal, (2), 2.

²¹ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 767/2007 de 3 octubre. "(...) lo cierto es que los agentes de la autoridad, cuando realizan las labores habituales de vigilancia para prevenir la delincuencia informática tuvieron noticia casual de la existencia de un posible delito de difusión de pornografía infantil. Realizaron las investigaciones oportunas y, sólo cuando tuvieron la convicción de estar efectivamente en presencia de hechos presuntamente delictivos, confeccionaron el oportuno atestado que remitieron a la Fiscalía de la Audiencia Provincial donde se instruyeron las pertinentes diligencias informativas y, acto seguido, tras la denuncia en el Juzgado de Instrucción, las Diligencias Previas".

investigación se lleve a cabo en ausencia de tales contextos, sólo basta que la operación policial entienda de los delitos recogidos en el apartado 4 del art. 282bis LECRIM, o bien, que sean delitos dolosos con penas de, al menos, tres años de prisión, art. 579.1 LECRIM.

Este mismo artículo también sirve, de acuerdo a Tejada²², para evitar que el agente encubierto informático incurra en responsabilidad penal al permitir que éste pueda intercambiar archivos ilícitos, actividad que se enmarca dentro de una investigación tendente al descubrimiento de delitos ya cometidos.

Otra de las diferencias introducidas al momento de regular el agente encubierto informático, ha sido la duración de las medidas de intromisión, puesto que varía al afectar al secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE²³, regulada en el artículo 588 ter a²⁴.

Esta medida limitativa del derecho fundamental descrita se circunscribe a un espacio temporal máximo de dieciocho meses²⁵, a diferencia del agente encubierto convencional la duración de las medidas de seis meses iniciales puede prorrogarse por iguales periodos sin límite temporal.

3. Agente encubierto y mecanismos internacionales de cooperación

La globalización ha derribado o ha hecho transparente los muros de la soberanía estatal, estas circunstancias han permitido que las organizaciones criminales ocupen los espacios donde el Estado no puede llegar o le resulta imposible por sí solo. De esta suerte, resulta ineludible integrar esfuerzos para de modo conjunto y cooperativo, ocupar esos vacíos de control al objeto de evitar la proliferación de este tipo de criminalidad.

Si bien, como se ha señalado, existen herramientas de cooperación tanto entre miembros de la Unión Europea, como terceros países, en ambos casos, permiten llevar a cabo operaciones internacionales, siempre y cuando se respete la soberanía del Estado dónde se realiza la investigación, las normas de derecho interno de dicho Estado, y que las actuaciones se encuentren sujetas al control jurisdiccional del Estado donde se desarrollen.

Con carácter previo, conviene matizar que los procesos para iniciar la investigación son distintos, es decir, si se trata de estados miembros de la Unión Europea, o de terceros países. En el primer supuesto, si la autoridad competente considera que las autoridades de otro Estado miembro deba colaborar en operaciones encubiertas podrá realizarlo por medio de la Orden Europea Investigación²⁶, en

²² Tejada, J. I. Z. (2017:13). El agente encubierto" online": la última frontera de la investigación penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 1.

²³ Artículo 18. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

No precisa autorización judicial lo que se encuentra de modo público en internet. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 752/2010 de 14 julio. "En relación con la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, no aporta dato alguno fuera de identificarla con la captación de los mensajes y contactos realizados por el mismo a través de internet, olvidando que el acceso a la información así producida puede efectuarla cualquier usuario, no precisándose autorización judicial para conseguir lo que es público cuando el propio usuario de la red ha introducido dicha información en la misma".

²⁴ Artículo 588 ter a Presupuestos. La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

²⁵ Artículo 579 De la correspondencia escrita o telegráfica. 2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

²⁶ Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento

adelante OEI, esta Ley recoge en su articulado el régimen jurídico de los agentes actuantes, duración de la investigación, condiciones concretas..., si bien, todas ellas ha de respetar el Derecho interno del Estado donde se pretende llevar a cabo la investigación.

En el segundo caso, se necesitará una comisión Rogatoria Internacional, en adelante CRI; un modo de auxilio internacional en materia penal para poder llevar a cabo actos de instrucción dentro de una investigación o procedimiento penal. Estas CRI podrán ser solicitadas vía diplomática, o bien a través de Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, previa petición del Juez de Instrucción, que la podrá cursar por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial.

Una vez se ha constatado que existe la posibilidad de participar en operaciones encubiertas fuera del ámbito territorial que es propio, por medio de ECI o equipos conjuntos interestatales, también existe la posibilidad de apoyarse en la agencia europea e intergubernamental policial Europol e Interpol²⁷ respectivamente. La primera se ofrece como centro de apoyo a las operaciones policiales; eje para la información sobre actividades delictivas; centro de conocimientos policiales especializados²⁸; y la segunda, como gestora de dieciocho bases de datos policiales con información sobre delitos y delincuentes, además de mostrarse como ayuda a la investigación en materia forense, operaciones sobre el terreno, formación o creación de redes²⁹.

mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. **Artículo 201. Emisión de una orden europea de investigación para realizar investigaciones encubiertas.** Cuando la autoridad competente considere necesario que las autoridades competentes de otro Estado miembro colaboren en la investigación encubierta de una o varias actividades delictivas, a través de agentes que actúen infiltrados o con una

De ambas agencias, nos hablaba hace más de una década Zafra Espinosa³⁰, en el sentido de creer posible la actuación de agentes pertenecientes a Europol como Interpol en la modalidad de agentes encubiertos por varias razones, por la propia esencia de ambas Agencias, que es la lucha contra amenazas graves a la seguridad, por su ámbito territorial de competencia que le ofrece una mayor movilidad interestatal, además del alto grado de especialización con la que cuentan sus miembros.

Tal es así, que no resulta extraño que la propia Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023, en su tercer eje, que es la lucha contra los mercados criminales y las graves formas delictivas, reitere la necesidad de realización de investigaciones conjuntas especialmente a través de Europol e Interpol.

4. Conclusiones

I.- El legislador ha creído necesario introducir en nuestro ordenamiento jurídico la figura del agente encubierto (año 1999), para que los miembros de la Policía Judicial puedan hacer uso de técnicas de investigación especiales. Esto se produjo porque las metodologías tradicionales se creyeron insuficientes para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional. Más adelante (año 2015), ante el incremento de la actividad delictiva en entornos informáticos, de nuevo, se crean ex novo, medidas jurídicas eficaces al objeto de que los investigadores, en la modalidad de agente encubierto informático, pudiesen

identidad falsa, emitirá una orden europea de investigación solicitando dicha colaboración e indicará las razones por las que considera pertinente realizar una investigación encubierta.

²⁷ Cuenta con 195 países miembros.

²⁸ <https://www.europol.europa.eu/about-europol:es>

²⁹ <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Que-es-INTERPOL>

³⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2010:252-257).

desarrollar su actividad policial en entornos cerrados de comunicación.

Como se ha podido constatar, en uno y otro caso, las nuevas realidades delictivas que tratan de debilitar las sociedades democráticas, han hecho reaccionar al legislador en el sentido de ofrecer cobertura legal a los miembros de la Policía Judicial cuando desarrollan su actividad profesional mediante la figura del agente encubierto. Y esto ha de ser así, no sólo en el ámbito de derecho interno, sino que todos los estados deben incorporar a su normativa estatal mecanismos faciliten las investigaciones en sus territorios (armonización normativa), además de crear instrumentos jurídicos ágiles de colaboración para hacer frente común a la transnacionalidad delictiva. Claro está, que muchos estados bien por incapacidad interna o falta de interés en insertarse en la comunidad internacional para hacer un frente común, no sólo permiten que ciertas actividades criminales partan de sus territorios, delitos de carácter cibernético, sino que los propios autores se mantienen ajenos a una respuesta punitiva dada la incapacidad de un Estado, por sí solo, pueda extender su poder más allá de sus límites territoriales.

II.- Los factores que determinan si nos encontramos ante la técnica policial de investigación criminal en ámbitos de criminalidad organizada, donde opera el agente encubierto, son tres: ocultar la verdadera identidad, que se trate de agente de la Policía Judicial, y que se infiltre en la organización criminal para la averiguación y puesta a disposición judicial no sólo del autor/es del entramado criminal, sino de desmantelar la propia organización.

Así, la técnica especial de investigación, bajo la modalidad de agente encubierto se ofrece como herramienta eficaz en contextos de crimen organizado, así como las diferentes modalidades delictivas graves que utilizan como soporte la red. Y aunque el fin último, es la detención de los presuntos delincuentes que cometen la actividad criminal como se ha

dicho, no lo es menos, si cabe mayor, desvelar el modo en cómo se organiza la organización, su *modus operandi*, además del alcance e implicaciones de sus actividades criminales.

III.- Conscientes de las implicaciones y consecuencias que acarrea entrometerse en la jurisdicción de otro Estado, la creación de entornos supraestatales de investigación no son una alternativa, sino una necesidad. De esta forma, como se ha desarrollado en el texto, tanto en contextos territoriales que afectan a los miembros de la Unión Europea, como de terceros estados, existen posibilidades de actuar conjunta y coordinadamente en escenarios distintos, incluso con el valioso apoyo de las agencias Europol como Interpol.

Desde luego, el aunar esfuerzos conjuntos en pro de erradicar la delincuencia transnacional ha de entenderse como una necesidad estratégica, en tanto el incremento de este tipo de actividades se conviertan en sistémicas, y puedan debilitar las estructuras del Estado, incluso, extenderse a la sociedad en el sentido de ofrecerse como una lucrativa forma de vivir.

En conclusión, salvar los obstáculos que imponen la competencia y jurisdicción como elementos ligados al principio de territorialidad, sólo es posible con el concurso de otros estados igual de soberanos. Porque comprender y hacer saber a las redes criminales transnacionales, que habrá respuesta estatal independientemente del lugar de dónde parta el delito, *iter criminis*, cómo el lugar donde realmente produce los efectos, generará sobre sus miembros, la percepción real de que huir de la jurisdicción de un determinado Estado, para evitar responder de sus acciones delictivas, no tendrá sentido alguno.

Referencias

GARCÍA MARCOS, JULIAN Y ZARAGOZA TEJADA, JAVIER IGNACIO. (2021). Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación

preliminar. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (2), 2.

GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER. (2000). Del principio de la división de poderes (1). *Revista de estudios políticos*, (108), 41-75.

SÁNCHEZ GÓMEZ. RAUL. (2016). El agente encubierto informático. *La ley penal*. 116, 1-12,

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. (2010). El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso penal español. *El policía infiltrado*, 1-451.

ZARAGOZA TEJADA, JAVIER IGNACIO. (2017). El agente encubierto "online": la última frontera de la investigación penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 1.

Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave.

Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

NORMATIVA CONSIDERADA

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

del Estado, B. O. (1978). Constitución española. *BOE*, 311(29), 29315-29339.

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en diciembre del año 2000.

Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. (2002/465/JAI).

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.



Estudio criminológico del ciberdelincuente y sus víctimas

Criminological study of the cybercriminal and his victims

Víctor Rodríguez González

Universidad Internacional Isabel I, Burgos (España)

victor.rodriguez.gonzalez@ui1.es

ORCID. [0000-0002-5348-9730](https://orcid.org/0000-0002-5348-9730)

Claudio Augusto Payá Santos

Universidad Internacional de Cataluña (España)

claudiop@uic.es

ORCID. [0000-0002-1908-9960](https://orcid.org/0000-0002-1908-9960)

Bernardo Peña Herrera

Universidad Estatal de Milagro, Milagro (Ecuador)

bpenah@unemi.edu.ec

ORCID. [0009-0000-3667-0522](https://orcid.org/0009-0000-3667-0522)

Resumen

Redes sociales, páginas web de compra, foros de debate o el acceso cualquier tipo de información y contenidos, son un espacio donde cada persona puede adoptar un rol diferente. Al mismo tiempo que esta evolución para el empleo correcto de la red, se desarrolló un complejo entramado delictivo, que logra sortear cualquier medida de seguridad que se haya intentado implementar. En este trabajo se analizarán los principales datos delictivos a través de la red entre 2015 y 2019, buscando la causa de estos y las posibles justificaciones a la falta de esclarecimiento de los hechos delictivos, ya bien afecten de forma unipersonal o colectiva en base a los datos facilitados por el ministerio del interior. Este trabajo, pretende dar una aproximación de la figura de la ciber víctima, las características propias de las dos figuras que comprende: el delincuente y la víctima.

Palabras clave: Ciber víctima, Ciber delito, Ciber delincuente.

Abstract

Social networks, shopping websites, discussion forums or access to any type of information and content are a space where each person can adopt a different role. At the same time as this evolution for the correct use of the network, a complex criminal network has developed, which manages to circumvent any security measures that have been tried to be implemented. This paper will analyse the main criminal data through the network between 2015 and 2019, looking for the cause of these and the possible justifications for the lack of clarification of criminal acts, whether they affect individuals or groups, based on the data provided by the Ministry of the Interior. This work aims to provide an approximation of the figure of the cyber victim, the characteristics of the two figures it comprises: the offender and the victim.

Key words: Cyber victim, Cyber crime, Cyber offender.

Cómo citar este trabajo: Rodríguez González, Víctor, Payá Santos, Claudio Augusto, y Peña Herrera, Bernardo. (2023). Estudio criminológico del ciberdelincuente y sus víctimas. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 95–107. <https://doi.org/10.46661/respublica.8072>

Recepción: 16.02.2023

Aceptación: 12.04.2023

Publicación: 05.05.2023



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

Desde la irrupción de Internet y el mundo ciber en nuestra era, la sociedad ha experimentado un cambio radical en su forma de ser, actuar e interactuar con el entorno. Las redes sociales, páginas web de compra, foros de debate y el acceso a la información son algunos de los ámbitos en los que se ha notado un mayor cambio, dado que la red se ha convertido en un espacio donde cada persona puede adoptar diferentes roles. Estos cambios han tenido un efecto positivo en el uso correcto de la red, sin embargo, también han generado un complejo entramado delictivo (Chou, 2015).

El crecimiento desproporcionado de las redes informáticas ha permitido el desarrollo técnico y metodológico muy avanzado de los delincuentes que logran sortear cualquier medida de seguridad que se haya intentado implementar. Este fenómeno ha llevado a la aparición de la figura de la ciber víctima, que es objeto de diferentes tipos de delitos, como el acoso cibernético, el robo de identidad, el fraude en línea, entre otros. (Payá y Delgado, 2016).

En este contexto, es fundamental analizar las características propias de las dos figuras que comprenden este fenómeno: el delincuente y la víctima. En este sentido, la investigación pretende ofrecer una aproximación multifocal a la figura de la ciber víctima y a las características propias de cada uno de estos actores en el ciberespacio. Esto permitirá comprender mejor los riesgos asociados al uso de Internet y desarrollar medidas para prevenir y abordar el ciberdelito (Luque y Liz, 2021; Liz, 2018).

2 Aparición del espacio virtual: nicho para el delincuente encubierto

Datamos el nacimiento de internet en 1969. Se conoce como internet un conjunto descentralizado de centros de comunicación que tiene múltiples usos y gran parte de la población que recurre a ellos, lo hace con este

afán, pero hay otro pequeño porcentaje que lo hace con unos fines no lícitos.

El fenómeno web fue tan revolucionario que en poco tiempo provoca un enorme aumento del número de usuarios pasando de los 14 millones de 1993, hasta los 4383 millones de usuarios en el 2019, siendo aproximadamente un 57% de la población mundial (Statista, 2021). En la actualidad, la mayoría de la población muestra cierto grado de dependencia diaria a la red, para cualquier tipo de uso social, económico o personal. Además, desde la aparición del virus SaRs-Cov-2, los confinamientos y las restricciones de movilidad y aforos, el mundo cibernético se ha visto potenciado por una necesidad imperiosa, por parte de la sociedad, para intentar mantener ciertas actividades sociales de una forma cuasi normal.

Según Curtis (2011), podríamos definir el ciberespacio como el dominio artificial construido de forma diferenciada de los cuatro dominios: tierra, aire, mar y espacio. Sin embargo, se ha confirmado que este espacio generado artificialmente, sí que puede afectar a los otros dominios. Además, el ciberespacio no está aislado, sino que está vinculado a una serie de medios físicos, por lo que también se puede ver influido por el dominio terrenal.

De forma simultánea a este desarrollo tecnológico, y como contraparte, se ha originado un polo negativo en el que encontramos términos como pueden ser los ciberdelincuentes y ciberdelitos, que engloban aspectos ilícitos acaecidos en el ciberespacio, amparando cuatro características, “se cometen fácilmente, necesitan pocos recursos para llevarse a cabo, pueden cometerse a nivel internacional y se aprovechan de las carencias de la punibilidad que existen en ciertos estados” (Zunzunegui, 2008, pp. 171).

Según Ponce (2012) la llegada de la web como la conocemos hoy en día ha revolucionado el concepto de red, en donde se comparte todo tipo de información en constante actualización. Esta web, denominada 2.0, se

ha llegado a llamar como web social o de los medios sociales, dado el auge que estos han tenido con el desarrollo de la red y con un aumento aún mayor en el año 2020, debido al COVID-19.

“El ataque se puede producir desde cualquier ubicación del mundo” (Centeno, 2015). Este hecho ofrece al delincuente unas capacidades casi ilimitadas a la hora de llevar a cabo sus planteamientos ilícitos. Principalmente, se debe a que el ciberdelincuente se siente seguro desde su ubicación por la lejanía de sus víctimas; una sensación de impunidad dadas las lagunas legislativas existentes y por la difícil intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad frente a un delito que pueda cometerse en tiempo y lugar determinados. Aprovechando la distancia y el anonimato que ofrece la red, cualquier persona usuaria de un equipo informático con conexión a internet, puede ser un objetivo potencial. Además, los conocimientos técnicos que han de poseer y la inversión económica que les permita llevar a cabo el delito son mínimos.

Cualquier ciberataque se lleva a cabo aprovechando una vulnerabilidad del sistema informático, por una falta de protección individual o, en ocasiones, por descuido. Todos los ciberataques, llevan asociados un alto impacto social y su difusión a través de medios de comunicación, bien sea por la entidad atacada o por el bien lesionado. El desarrollo tecnológico ha dado lugar a la aparición de un polo negativo, donde se encuentran términos como ciberdelinquentes y ciberdelitos, que incluyen actividades ilícitas en el ciberespacio. Estos delitos se caracterizan por ser fáciles de cometer, necesitar pocos recursos, poder llevarse a cabo a nivel internacional y aprovechar las carencias de la punibilidad en algunos estados.

Los delitos más típicos son los de fraude, chantaje, robo y falsificación. Pero, a través de las modificaciones legislativas de los últimos años, se han incorporado nuevos delitos como pueden ser el acoso a través de la red, revelación de secretos, delitos contra la

propiedad industrial o todos los relacionados con abusos y fines sexuales. En el siguiente gráfico se pueden observar los datos de los delitos cometidos a través de la red de los últimos 5 años (Sistema estadístico de criminalidad).

Tabla 1. Principales tipos de cibercriminalidad entre 2015 y 2019.

	2019	2018	2017	2016	2015
Acceso e interceptación ilícita	4004	3384	3150	3243	2893
Amenazas y coacciones	12782	12800	11812	12036	10607
Contra el honor	1422	1448	1561	1546	2205
Contra la propiedad industrial	197	232	121	129	172
Delitos sexuales	1774	1581	1392	1231	1306
Falsificación informática	4275	3436	3280	3017	2644
Fraude informático	192375	136656	94792	70178	62038
Interferencia en los datos y sistemas	1.473	1192	1291	1336	1193
Total	218302	160729	117399	92716	83058

Fuente: elaboración propia según datos del Ministerio del interior (2021)

Como se puede comprobar, los casos se han multiplicado por casi por 6 en un periodo de tan solo 8 años, incluso han aparecido nuevas tipologías delictivas.

En el gráfico podemos observar la distribución de las infracciones penales relacionadas con la cibercriminalidad acaecidas en el año 2019, suponiendo el fraude informático un 60.67% de todos ellos, seguido por las amenazas y coacciones, con un 25.59%.

Según el último informe de ENISA (Agencia europea para la seguridad de las redes y la información) y, con base en Centeno (2015, 4-

5), se puede hacer referencia a las amenazas más relevantes, que son:

- Malware
- Botnets
- Phishing
- Denegación de servicio
- Correo basura
- Ransomware
- Robo o pérdida de información
- Robo de identidad
- Filtraciones de información

En el ámbito de la informática, se conoce como malware a todos aquellos programas maliciosos que afectan directamente a los contenidos de los sistemas informáticos a los que acceden. Estos softwares tienen como objetivo dañar, alterar o robar información del sistema en cuestión. Por lo general, el malware actúa a través de dos vías principales.

En primer lugar, podemos encontrar los ataques producidos en las webs utilizadas por el navegador, los cuales son muy comunes en la actualidad. En estos casos, el malware se instala en la computadora del usuario al visitar una página web infectada. Una vez que el software malicioso ha sido descargado, comienza a realizar diversas acciones que pueden poner en riesgo la seguridad de la información almacenada en el equipo.

La otra vía utilizada por el malware es a través de aplicaciones web que dejan expuestas las vulnerabilidades del sistema. En estos casos, el software malicioso aprovecha las debilidades del sistema para infiltrarse y realizar sus acciones maliciosas.

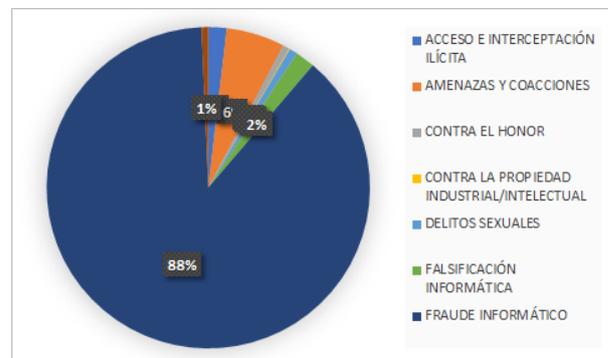
Entre los tipos de malware más conocidos, podemos encontrar los ataques de denegación de servicio (DDoS), que buscan hacer imposible el acceso a los recursos de una entidad, y en algunos casos, piden una cuantía económica para detener el ataque. También están los bots, que son programas que toman el control de otros equipos de

forma remota y se utilizan normalmente para la comisión de otros delitos.

Otro tipo de malware es el phishing, el cual se produce cuando alguien suplente la identidad de otra persona o empresa para obtener información confidencial de la víctima. Este tipo de ataque es muy peligroso, ya que puede poner en riesgo la seguridad de datos sensibles, como contraseñas o información bancaria.

Finalmente, el spam o correo basura es uno de los tipos de malware más conocidos. Su objetivo es perjudicar al receptor a través del envío masivo de correos electrónicos no deseados. En ocasiones, este tipo de ataque se combina con el phishing para intentar obtener información confidencial de la víctima. Es importante que los usuarios estén siempre alerta y tomen medidas para proteger sus sistemas informáticos contra el malware.

Gráfico 1. Infracciones penales conocidas durante el año 2019



Fuente: elaboración propia según datos del Ministerio del interior (2021)

El malware es un término amplio que engloba todas las formas de software malicioso que pueden afectar directamente a los sistemas informáticos. El ransomware es un ejemplo de software malicioso que puede acceder al sistema y bloquearlo, dejando al atacante en control total del equipo. Además, los atacantes suelen pedir un rescate económico a cambio de desbloquear el equipo.

Las amenazas internas son otro tipo de amenaza que surge desde el interior de la organización y pueden causar daños significativos. Por ejemplo, los empleados con

acceso a información o aplicaciones confidenciales pueden utilizar estos privilegios para robar información sensible o identidades, con el fin de obtener mayores privilegios.

Los ataques informáticos pueden ser muy efectivos y pueden causar un daño económico significativo, especialmente cuando se aprovechan las brechas de seguridad existentes en los sistemas, en las personas o en las puertas traseras que ofrece la red. Es por eso por lo que es necesario establecer alianzas internacionales para luchar contra la delincuencia cibernética, ya que muchos de estos ataques tienen un carácter transfronterizo.

El término ciberterrorismo hace referencia a toda acción ilegal informática que tiene como objetivo dañar sistemas operativos y redes de internet a gran escala. Sin embargo, algunos delitos no están correctamente legislados o aparecen nuevos tipos que dificultan su persecución legal y la imposición de una sanción coherente. La preparación y ejecución de ataques cibernéticos suelen estar respaldados por el uso de múltiples medios en red, que permiten a los atacantes conectar con otras personas que persiguen los mismos objetivos y generar un caldo de cultivo perfecto para la elaboración de grandes ataques con grandes perjuicios a personas e instituciones.

El aumento de la ciberdelincuencia requiere de medidas de seguridad más efectivas y de una cooperación internacional más sólida para combatir estas amenazas y reducir su impacto. La educación y la conciencia sobre las amenazas cibernéticas también son clave para prevenir futuros ataques.

Los ciberataques pueden tener consecuencias mucho más allá de la esfera digital, ya que pueden generar daños físicos y provocar una crisis económica y social a gran escala. Por ejemplo, un ataque que cause una sobrecarga en los servidores centrales de una entidad bancaria o un ayuntamiento podría generar un cortocircuito físico y provocar un periodo de caos y desconocimiento generalizado. En el

caso de grandes entidades bancarias, como menciona el texto, esto podría llevar a que cientos o miles de personas pierdan su dinero, generando una crisis económica y social de grandes proporciones.

Por otro lado, el ciberterrorismo se fundamenta en la conexión online de diferentes grupos que buscan sembrar el terror y desestabilizar la sociedad y el Estado. Estos grupos utilizan la red para intercambiar información estratégica, fuentes de financiación y planificar ataques. En muchos casos, estos grupos tienen una motivación ideológica concreta y buscan generar pánico y alarma social.

Es importante destacar que la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo son delitos que conllevan implicaciones más graves que los delitos comunes, debido a su potencial impacto y alcance en la sociedad. Por lo tanto, es necesario que las entidades gubernamentales establezcan alianzas estratégicas internacionales para combatir este tipo de delitos, que a menudo tienen un carácter transfronterizo y requieren una respuesta coordinada a nivel global. Además, se debe prestar especial atención a la legislación de estos delitos para poder sancionarlos de manera coherente y efectiva.

El ciberespacio es un término cada vez más presente en nuestro vocabulario diario, y es que, como bien señala el Departamento de Defensa de Estados Unidos en su definición del año 2016, este entorno digital es un lugar de suma importancia para la sociedad actual. Se trata de un espacio global de información que se configura como una red interdependiente, que aglutina diferentes redes de telecomunicación, hardware y sus correspondientes controladores. De esta manera, el ciberespacio se ha convertido en una herramienta fundamental para la realización de actividades cotidianas, pero también en un objetivo codiciado por grupos criminales que buscan aprovecharse de las oportunidades que ofrece para alcanzar sus objetivos estratégicos (Delgado, 2023).

Además, estas organizaciones criminales han encontrado en el ciberespacio una plataforma ideal para difundir sus campañas de radicalización y odio, adoctrinar nuevos reclutas para sus fines y conseguir más recursos económicos. Es importante destacar que, gracias a la interconexión global que caracteriza al ciberespacio, estas actividades pueden tener una gran repercusión a nivel mundial, lo que amplifica aún más su impacto (Cruz y Liz, 2019).

En este sentido, el ciberespacio se ha convertido en un escenario clave para el desarrollo de la ciberdelincuencia, siendo utilizado por grupos criminales para llevar a cabo acciones como el robo de información, el secuestro de datos o la realización de ataques informáticos que buscan obtener un beneficio económico o un beneficio político. Es por ello por lo que la seguridad en el ciberespacio se ha convertido en una prioridad para los gobiernos y organizaciones, quienes deben estar preparados para prevenir y combatir los ataques cibernéticos que puedan poner en peligro su integridad y su estabilidad.

3 Ciber víctimas. Las víctimas de la red

Cuando se trata de evaluar la probabilidad de que alguien sea víctima de un ciberataque, hay varios factores que deben tenerse en cuenta. Uno de ellos es la especialización del ciberdelincuente, que se refiere a qué tipo de delitos cibernéticos comete con qué frecuencia. Otro factor importante es la visibilidad de la víctima, es decir, su presencia en línea y la cantidad de información personal que comparte en internet. La falta de seguridad y la accesibilidad de la víctima también pueden ser factores determinantes.

Es importante destacar que algunos ciberataques están dirigidos específicamente a una persona en particular, que es el objetivo principal del delincuente. Esto puede ser motivado por la posibilidad de obtener ganancias económicas debido al poder adquisitivo de la persona objetivo, o simplemente por el deseo de causar daño y

perturbar la vida normal en línea de la persona.

El tipo de ataque y las personas objetivo dependen en gran medida de estos factores, así como de los recursos disponibles para cometer el delito. Por ejemplo, es común realizar campañas de phishing a miles de cuentas de correo electrónico de manera completamente aleatoria sin conocer a los destinatarios en particular. Sin embargo, esto solo es posible si se tiene acceso a grandes bases de datos de correos electrónicos registrados por los usuarios, que pueden ser proporcionados a terceros de manera fraudulenta para llevar a cabo estafas o extorsiones.

El desafío a la autoridad y la falta de respeto a las normas legales que regulan el uso adecuado de las tecnologías de la información, incluyendo el envío de correos electrónicos a desconocidos y el incumplimiento sistemático de las leyes de protección de datos, aumenta exponencialmente las posibilidades y capacidades de los grupos delictivos que operan en la red. Estos grupos tienen un mercado vasto y en constante crecimiento, ya que actualmente más del 60% de la población mundial tiene acceso a internet, y este número ha aumentado en más de 300 millones de personas en el último año debido a la pandemia de COVID-19.

El aumento masivo de usuarios de internet y la propagación del teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 han llevado a un importante aumento de la delincuencia cibernética, con un incremento de alrededor del 300%. El confinamiento y el miedo al contagio han alterado significativamente los hábitos sociales, llevando a muchas personas a pasar más tiempo en línea, navegando por una variedad de sitios web y redes sociales, lo que ha abierto un gran número de oportunidades para los ciberdelincentes.

Es importante destacar que los delincentes cibernéticos aprovechan esta situación y

utilizan diferentes técnicas y herramientas para engañar a un gran número de personas con muy pocos recursos. La mayoría de las veces, el beneficio obtenido es muy elevado en comparación con los pocos recursos que se han utilizado para cometer el delito. Algunas de las técnicas más comunes utilizadas por los ciberdelincuentes incluyen el phishing, el malware y la suplantación de identidad, entre otras.

Además, la resolución de los casos de delitos cibernéticos sigue siendo un desafío importante para las autoridades. El índice de esclarecimiento de los hechos conocidos es inferior al 20%, lo que significa que la gran mayoría de estos delitos quedan impunes. Es fundamental que las autoridades trabajen en la mejora de los recursos y herramientas disponibles para combatir este tipo de delitos, y se fomente una mayor colaboración entre los diferentes organismos encargados de hacer cumplir la ley. Asimismo, es necesario que se implementen políticas y medidas de seguridad adecuadas en las empresas y organizaciones, y se eduque a los usuarios para que tomen medidas de seguridad adicionales para proteger sus datos y su privacidad en línea.

Tabla 2: relación de casos esclarecidos

Tipo de hecho conocido	Nº de casos	Nº de casos esclarecidos	Tasa de esclarecimiento
Abuso sexual	151	156	103,311258
Acceso ilegal informático	2024	224	11,0671937
Acoso sexual	136	73	53,6764706
Amenazas	10943	7039	64,3242255
Amenazas a grupo étnico cultural o religioso	10	5	50
Ataques informáticos	1373	42	3,0589949
Calumnias	368	210	57,0652174
Coacciones	1829	849	46,4188081
Contra la propiedad	110	78	70,9090909

industrial			
Contra la propiedad intelectual	87	52	59,7701149
Corrupción de menores/con discapacidad/diversidad funcional	183	115	62,8415301
Daños	100	21	21
Delito de contacto mediante tecnología con menor de 16 años con fines sexuales	456	183	40,1315789
Descubrimiento/rev elación de secretos	1967	770	39,1459075
Estafa bancaria	40788	2418	5,92821418
Estafas con tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje	88934	2855	3,2102458
Exhibicionismo	39	13	33,3333333
Falsificación de moneda, sellos y efectos timbrados	31	1	3,22580645
Injurias	1054	611	57,9696395
Otras estafas	62653	13439	21,4498907
Otros relativos al mercado/consumidores	13	4	30,7692308
Pornografía de menores	751	549	73,10253
Provocación sexual	58	37	63,7931034
Usurpación de estado civil	4244	1097	25,8482564
TOTAL	218302	30841	14,1276763

Fuente: elaboración propia según datos del Ministerio del interior (2021)

La resolución de delitos cometidos a través de la red es un asunto complejo debido a la dificultad para rastrear las actividades ilegales que se llevan a cabo en servidores remotos y a la eliminación de registros para evitar su seguimiento. Esta situación dificulta

enormemente la labor de las fuerzas y cuerpos de seguridad encargados de su resolución, lo que explica las bajas tasas de resolución de este tipo de delitos, que en ningún caso son consideradas altas.

Es fundamental tener en cuenta que los delitos cometidos a través de la red pueden tener un impacto negativo importante en la vida de las víctimas, incluyendo posibles secuelas emocionales y financieras. Por esta razón, es importante prestar especial atención a las víctimas y proporcionarles el apoyo y la ayuda necesaria para mitigar los efectos del delito y conseguir resarcirlas del perjuicio que han sufrido.

Es necesario que las autoridades adopten medidas efectivas para combatir la delincuencia en línea, incluyendo la creación de unidades especializadas en la investigación de delitos informáticos y la mejora de los recursos y herramientas disponibles para las fuerzas y cuerpos de seguridad encargados de la resolución de estos delitos. Además, es importante concienciar a los usuarios de internet sobre las posibles amenazas y riesgos que pueden encontrarse en línea y fomentar el uso responsable y seguro de la red. Solo así podremos reducir el número de delitos cometidos a través de la red y mejorar la seguridad y protección de los usuarios.

4 Las implicaciones de la inteligencia artificial en las ciber víctimas

La inteligencia artificial (IA) es una tecnología que ha ido evolucionando rápidamente en las últimas décadas y ha encontrado numerosas aplicaciones en diferentes campos, desde la industria hasta la atención médica y la educación. Sin embargo, su uso también ha planteado importantes desafíos y riesgos en términos de ciberseguridad y ciber víctimas.

La IA se ha convertido en una herramienta valiosa para los ciberdelincuentes, ya que les permite realizar ataques más sofisticados y difíciles de detectar. Según un informe de la consultora Gartner, se espera que para el año 2022 el 30% de los ciberataques se realicen

mediante el uso de la IA. Los hackers pueden utilizar la IA para automatizar tareas repetitivas y obtener acceso no autorizado a sistemas y datos, lo que puede poner en riesgo la privacidad y la seguridad de los usuarios.

Además, la IA también puede ser utilizada para crear ataques de "phishing" más efectivos. Los ataques de "phishing" son una de las técnicas de ciberataque más comunes y consisten en enviar correos electrónicos fraudulentos que parecen legítimos para engañar a las víctimas y obtener información confidencial. Con la ayuda de la IA, los atacantes pueden personalizar estos correos electrónicos de manera más efectiva y engañar a las víctimas con mayor facilidad.

Otro riesgo relacionado con la IA y la ciberseguridad es la creación de "deepfakes". Los "deepfakes" son videos o imágenes manipuladas con tecnología de IA que pueden parecer muy realistas, pero que en realidad son falsos. Estos pueden ser utilizados para difundir información falsa o dañina, lo que puede tener consecuencias graves en términos de seguridad nacional o reputación empresarial. La creación de "deepfakes" también puede ser utilizada para la suplantación de identidad y la difusión de noticias falsas.

Por último, la IA también puede ser utilizada para desarrollar malware y otras herramientas de ciberataque. Por ejemplo, los atacantes pueden utilizar la IA para analizar los sistemas informáticos de una empresa y encontrar vulnerabilidades que puedan ser explotadas. Esto puede poner en riesgo la seguridad de los datos y sistemas informáticos de una empresa.

La IA ha traído consigo importantes avances en muchos campos, pero también ha creado nuevos riesgos y desafíos en términos de ciberseguridad y ciber víctimas. Es importante que las empresas y organizaciones tomen medidas para protegerse contra estos riesgos y trabajar en conjunto con expertos en ciberseguridad para estar preparados ante cualquier eventualidad.

5 La IA y su ayuda a la prevención de la ciber victimización

La ciberdelincuencia es un problema cada vez más grave y sofisticado, y las posibilidades de convertirse en víctima son muy reales. La inteligencia artificial (IA) puede ser una herramienta poderosa para ayudar a prevenir la ciberdelincuencia y proteger a los usuarios en línea.

La IA se puede utilizar para analizar grandes cantidades de datos y detectar patrones, lo que puede ser especialmente útil para detectar amenazas cibernéticas. Por ejemplo, las empresas pueden utilizar la IA para analizar el comportamiento de los usuarios y detectar patrones sospechosos, como intentos de phishing o acceso no autorizado a cuentas.

Además, la IA también se puede utilizar para predecir posibles ciberataques y tomar medidas preventivas antes de que ocurran. Por ejemplo, los sistemas de IA pueden analizar patrones de tráfico de red y detectar comportamientos anómalos que indiquen un posible ataque.

La IA también puede ayudar en la educación de los usuarios sobre las prácticas seguras en línea. Los chatbots de IA pueden proporcionar información sobre los riesgos cibernéticos y ofrecer consejos para protegerse.

Sin embargo, también hay desafíos en el uso de la IA para la ciberseguridad. La IA no es infalible y también puede ser vulnerable a los ataques de los ciberdelincuentes. Además, la implementación de la IA puede ser costosa y requiere una capacitación especializada.

En resumen, la IA puede ser una herramienta efectiva para prevenir la ciberdelincuencia y proteger a los usuarios en línea. Pero, es importante reconocer que no es una solución perfecta y se deben abordar los desafíos que pueden surgir en su implementación.

Según Kshetri (2018), el uso de la tecnología blockchain en combinación con la IA puede mejorar la seguridad y la transparencia en la cadena de suministro, lo que puede ayudar a

prevenir la ciberdelincuencia. Además, Mendes, et. al., (2018) desarrollaron un sistema inteligente de detección de phishing que utiliza técnicas de aprendizaje automático y análisis de texto para identificar correos electrónicos de phishing.

El uso de la IA puede ser una herramienta valiosa para prevenir la ciberdelincuencia y proteger a los usuarios en línea. Sin embargo, también es importante abordar los desafíos en su implementación y considerar soluciones integrales que incluyan la educación de los usuarios, la tecnología y la legislación adecuadas..

6 Ingeniería social y la ciberseguridad en las víctimas en la red

La ingeniería social es una técnica que utilizan los ciberdelincuentes para manipular a las personas y hacer que revelen información sensible o realicen acciones perjudiciales para ellas mismas o para sus empresas. Esta técnica se ha vuelto cada vez más sofisticada con el paso del tiempo, y la inteligencia artificial (IA) ha permitido una mayor automatización y personalización en las técnicas de ingeniería social. Sin embargo, la IA también puede ser utilizada para detectar y prevenir ataques de ingeniería social y proteger a las ciber víctimas.

La IA puede ser utilizada por los ciberdelincuentes para realizar ataques de ingeniería social de manera más efectiva y a gran escala. Por ejemplo, los ataques de phishing pueden ser más sofisticados al utilizar técnicas de generación de texto basadas en IA para crear correos electrónicos que parezcan más auténticos y persuasivos para las víctimas potenciales (Mendes et al., 2018). Asimismo, la IA puede ser utilizada para crear perfiles falsos en redes sociales y plataformas de citas, para contactar a las víctimas y obtener información personal (Chauhan et al., 2021).

Además, la IA puede ser utilizada para automatizar la recolección de información

personal en las redes sociales y otras fuentes en línea, lo que puede ser utilizado para crear perfiles más detallados y precisos de las víctimas potenciales. Esto puede ser utilizado para crear ataques de ingeniería social más personalizados, como el spear phishing, en el que los atacantes utilizan información personal para crear correos electrónicos o mensajes de texto que parecen provenir de amigos o colegas (Chauhan et al., 2021).

Sin embargo, la IA también puede ser utilizada para detectar y prevenir ataques de ingeniería social. Por ejemplo, se han desarrollado técnicas de detección de phishing basadas en IA que analizan el contenido de los correos electrónicos y utilizan técnicas de aprendizaje automático para identificar patrones que sugieren que el correo electrónico es malicioso (Mendes et al., 2018). Además, la IA también puede ser utilizada para identificar perfiles falsos en las redes sociales y otras plataformas en línea, lo que puede ayudar a prevenir ataques de ingeniería social antes de que se produzcan.

En conclusión, la ingeniería social es una técnica sofisticada y en constante evolución utilizada por los ciberdelincuentes para engañar a las víctimas y obtener información personal o realizar acciones perjudiciales. La IA puede ser utilizada tanto por los atacantes como por los defensores para detectar y prevenir ataques de ingeniería social. Por lo tanto, es importante que las empresas y los individuos estén al tanto de los riesgos de la ingeniería social y adopten medidas de seguridad adecuadas para protegerse. .

7 Prevención y mitigación de ciberataques y sus víctimas

La prevención y mitigación de los ciberataques es un aspecto crítico en el mundo actual altamente conectado. Estos ataques pueden causar daños significativos no solo a las organizaciones, sino también a las ciber víctimas individuales que pueden sufrir pérdida de datos, daño a la reputación, fraude financiero y otros efectos negativos. Por lo tanto, es esencial adoptar estrategias

adecuadas para prevenir y mitigar los ciberataques, que incluyan medidas tanto preventivas como reactivas.

Las medidas preventivas deben ser proactivas y están diseñadas para evitar que se produzcan ataques. Estas medidas incluyen la implementación de políticas y prácticas de seguridad sólidas, la formación y educación continua del personal en seguridad cibernética, la actualización constante del software y la eliminación de vulnerabilidades conocidas, y el uso de medidas de autenticación fuertes, como la autenticación de dos factores. Estas medidas pueden ayudar a reducir significativamente la probabilidad de un ciberataque exitoso.

Además, es fundamental contar con medidas reactivas que permitan detectar y responder rápidamente a los ciberataques en caso de que ocurran. Estas medidas incluyen la implementación de sistemas de monitoreo y detección de amenazas, la configuración de alertas de seguridad, la realización de pruebas de penetración regulares y la preparación de planes de respuesta a incidentes. Estas medidas pueden ayudar a minimizar el daño que se produce después de un ciberataque.

Es importante destacar que, a pesar de estas medidas, la posibilidad de un ciberataque nunca se puede eliminar por completo. Por lo tanto, es fundamental contar con medidas de recuperación y resiliencia, como la realización de copias de seguridad regulares y el almacenamiento fuera de línea de información crítica, para minimizar el impacto de un ciberataque.

Las estrategias para prevenir y mitigar ciberataques deben ser integrales y abarcar tanto medidas preventivas como reactivas, así como medidas de recuperación y resiliencia. Adoptar estas medidas puede ayudar a proteger tanto a las organizaciones como a las ciber víctimas individuales de los ciberataques.

8 Conclusiones

El aumento exponencial de la ciberdelincuencia y su variedad de formas constituyen un motivo de preocupación a nivel global (Atienza & Bermejo, 2020). Los ciberdelincuentes no solo pueden vulnerar los datos más íntimos de personas y organizaciones, sino que también pueden actuar en contra de los intereses de sus víctimas, generando graves riesgos e incluso tensiones y conflictos sociales, como los procesos de radicalización (Atienza & Bermejo, 2020).

La ley, al no poder aplicarse retroactivamente, siempre va por detrás de los delitos cibernéticos y solo puede legislar a posteriori (Peñaloza, 2019). Esto puede generar situaciones de indefensión para las víctimas. Sin embargo, los sistemas jurídicos alrededor del mundo están tratando de adaptarse a las nuevas corrientes y demandas de la sociedad y a los nuevos delitos cibernéticos (Peñaloza, 2019).

Es esencial no dejar desamparada a la víctima del ciberdelito, ya sea por la falta de programas de prevención de la ciberdelincuencia, por la falta de legislación pertinente o por la falta de medidas para reparar el daño (Gorostidi, 2020). En muchos casos, la afectación a la víctima es tan grave que puede llevar a la ruina y al desamparo.

Es necesario investigar nuevas vías para prevenir los ciberdelitos y caracterizar e intervenir sobre la ciberdelincuencia a nivel policial y procesal para llenar los vacíos legales existentes (Calderón et al., 2019). También es fundamental considerar el tratamiento de las víctimas del ciberdelito a nivel psicosocial y comunitario para garantizar su protección y bienestar.

En resumen, la ciberdelincuencia es un problema global que debe ser abordado de manera integral y coordinada, involucrando a diversos actores y considerando las necesidades y derechos de las víctimas del ciberdelito.

Referencias

- CARRERA CALDERÓN, FRANKZ ALBERTO; QUILLIGANA BARRAQUEL, JOEL ESTUARDO; AGUILAR MARTÍNEZ, MARIO DANILO; y FIALLOS BONILLA, SANTIAGO FERNANDO. (2019). Desafío de la ciberseguridad ante la legislación penal. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v3i1l.1236>
- CENTENO, DAVID. (2015). "El ataque se puede producir desde cualquier ubicación del mundo". El País. Recuperado de https://elpais.com/tecnologia/2015/01/27/actualidad/1422371877_899702.html
- CHAUHAN, ANKUR KUMAR, SANJEEV & SANYAL, SUGATA. (2021). Intelligent phishing detection system using machine learning. *International Journal of Advanced Science and Technology*, 30(4), 488-496. <https://doi.org/10.48175/IJARSCT-3801>
- CHEN, XIAOMING ZHOU, WEI & WANG, HONGXIN. (2021). *A survey on artificial intelligence in cyber security*. *Journal of Cybersecurity*, 7(1), 1-25. <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyaa018>
- CHOU, SAM, & CHOU, JONATHAN. (2015). *Cybersecurity: The essentials*. CRC Press.
- CRUZ-BELTRÁN, JOSÉ. LUIS y LIZRIVAS, LENNY (2019). El perfil del ciberterrorista: la utilización de medios informáticos con fines terroristas, en; "El conflicto y su situación actual: del terrorismo a la amenaza híbrida", coord. por Carlos Espaliú Berdud, CIVITAS, pp. 159-173.
- CURTIS, PAUL. (2011). The construction of the cyberspace: Metaphors and narratives of the web. In S. S. Yu & X. In (Eds.), *Proceedings of the 2011 International Conference on Information Science and Applications* (pp. 1-5). IEEE. <https://doi.org/10.1109/ICISA.2011.5772305>
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España.

- Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 21, n. 37, p. 183- 211, maio/ago. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-46641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JUAN LUIS y SAN JUAN, CARLOS. (2010). *La cibercriminalidad*. Derecho penal informático, 57-78.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JUAN LUIS y PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL. (2010) *Ciberdelinquentes y ciber víctimas*. Derecho penal informático, 99-120
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JUAN LUIS, PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL y SAN JUAN, CARLOS. (2010) *Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos*. Derecho penal informático, 79-88.
- FRIEDMAN, BATYA & KAHN, PETER. (2018). Human values, ethics, and design. In *The Routledge Handbook of Philosophy of Engineering* (pp. 408-419). Routledge.
- GARCÍA-MARTÍNEZ, RAFAEL; GARCÍA-SÁNCHEZ, FRANCISCO; LÓPEZ-CORONADO, MARIO, & BUENO-CRESPO, ANDRÉS. (2021). *Artificial Intelligence and Cybersecurity: A Review of Recent Research*. *Electronics*, 10(7), 733. <https://doi.org/10.3390/electronics10070733>
- Gartner report (2018). Gartner Says 30 Percent of Companies Will Use Artificial Intelligence to Augment at Least One of Their Primary Sales Processes by 2020.
- GOPE, PRASENJIT & BISWAS, GUSTAM. (2020). *An AI-based approach for detecting phishing websites*. *Multimedia Tools and Applications*, 79(5-6), 4075-4093. <https://doi.org/10.1007/s11042-019-08497-9>
- GOROSTIDI, JOKIN. (2020). La pluralidad de víctimas derivada de la elevada lesividad en los ciberdelitos: una respuesta penal proporcional. *Estudios de Deusto*, 68(1), 201-221. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp201-221](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp201-221)
- KSHETRI, NRIPENDRA. (2018). Blockchain's roles in meeting key supply chain management objectives. *International Journal of Information Management*, 39, 80-89. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2017.12.005>
- LIZ-RIVAS, LENNY. (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión, en ;“Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente “ coord. Por Emilio José García Mercader, Claudio Payá Santos; César Augusto Giner Alegría (dir.), Juan Jose Delgado Morán (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 943-955
- LUQUE JUÁREZ JOSÉ MARÍA, y 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”. Víctor Rodríguez González (dir), Ana María Fuentes Cano, Dña. Tara Alonso del Hierro y D. Jonathan Torres Téllez.(coords), Dykinson, pp. 243-256. <https://doi.org/10.2307/j.ctv282jjsk.15>
- MARTÍNEZ ATIENZA, GORGONIO Y FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL. (2020). *Ciberdelitos*. Ediciones Experiencia.
- MAROTTA, ANTONIO & RICCIADI, FEDERICA. (2017). Cybersecurity in SMEs: A literature review. *Journal of Business Research*, 84, 1-13. doi: 10.1016/j.jbusres.2017.11.011
- MENDEZ, ANA MOURA, PAULO & PAULO NOVAIS, PAULO. (2018). Intelligent phishing detection system. *International Journal of Information Management*, 38(1), 137-147. doi: 10.1016/j.ijinfomgt.2017.09.004
- Ministerio del interior (2019). Estudio sobre cibercriminalidad en España. NIPO 126-20-021-2
- PAYÁ SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO., y DELGADO MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2016). El uso del ciberespacio para infringir el terror. *Estudios en Seguridad y*

Defensa, 11(22), 91-108. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.211>

PEÑALOZA, BERNARDO. (2019). Mendoza: hacia un Código Procesal Penal adecuado para la investigación de ciberdelitos. In *XIX Simposio Argentino de Informática y Derecho (SID 2019)-JAIIO 48 (Salta)*.

SINDRE, GUNNAR & OPDAHL, ANDREAS. (2011). A threat modelling approach to identification of security requirements. *Information and Software Technology*, 53(5), 490-503. doi: 10.1016/j.infsof.2010.12.005

SHOUHUI & SASTRY, SRIRMAN. (2015). Metrics for cyber resiliency evaluation. *Computers & Security*, 52, 10-23. doi: 10.1016/j.cose.2015.04.005

VERDEJO ESPINOSA, MARIA ANTONIO (2015). *Ciberacoso y violencia de género en las redes sociales*. Universidad Internacional de Andalucía. ISBN: 978-84-7993-281-7

WANG, ZHE; ZHANG, YANCHAO; REN, KUI & LOU, WENJING. (2020). *AI-Supported Cybersecurity in Smart Homes: Challenges and Opportunities*. *IEEE Network*, 34(1), 88-95. <https://doi.org/10.1109/MNET.001.1900275>

WHITMAN, MICHAEL & MATTORD, HERBERT. (2016). *Management of Information Security*. Cengage Learning.

ZUNZUNEGUI, SERGIO. (2008). *Pensar la imagen*. Akal.