Aportaciones sobre Justicia en delitos de especial relevancia para las mujeres

Directora
Helena Soleto

Editora
Melina Juan

Aportaciones sobre Justicia en delitos de especial relevancia para las mujeres

Directora
Helena Soleto

Editora
Melina Juan

DYKINSON
2019

Aportaciones sobre Justicia en delitos de especial relevancia para las mujeres

© Helena Soleto
© Melina Juan

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-1324-316-0

Versión electrónica disponible en e-Archivo
http://

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Índice

Capítulo I. El impacto de la tecnología en la víctima del delito sexual. La victimización secundaria por medios tecnológicos con componente sexual: especial atención al "caso de la manada"

1. Introducción al problema 9
2. Marco teórico 11
3. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 12

3.1. Delitos y conceptos clave en el impacto sexual cometidos a través de la web, las redes sociales u otros medios tecnológicos, y su relación con la legislación actual 12
3.2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual 16

3.2.1. La agresión sexual y la violación 16
3.2.2. Los abusos sexuales 17
3.2.3. El acoso sexual 17
3.2.4. La prostitución 17

3.3. Incidencia de la criminalidad informática en España 18

4. La victimización secundaria a través de las tecnologías en delitos de carácter sexual 27

4.1. Contextualización del concepto de victimización secundaria 27
4.2. Victimología: delitos informáticos y el Estatuto de la Víctima 30

4.2.1. Clases de víctimas 31
4.2.2. Las víctimas y los delitos informáticos. 34

4.3. Medios de victimización: web, redes sociales y medios tecnológicos 36
4.4. Tipos y formas de victimización: problemas mentales, falta de madurez 36

4.4.1. Trastorno mental 36
4.4.2. El suicidio. 37
4.4.3. Los trastornos mentales tras sufrir violencia sexual 38
4.4.4. Las secuelas emocionales de las víctimas de violencia sexual 39

4.5. Dificultades en la medición 41

5. Las necesidades de la víctima ante el delito sexual 42

5.1. Salud 43

5.1.1. Centros sanitarios como contexto para la detección temprana. 43
5.1.2. Atención psicológica para las víctimas, y en su caso, sus hijos/as 44

5.2. Atención integral a la víctima e información completa 46

5.2.1. Servicios sociales de atención primaria: información, detección y facilitación de recursos 46
5.2.2. Orientación acerca de los derechos de la víctima 47

5.3. Autonomía 48

5.3.1. Económica 48
5.3.2. Vivienda u hogar 48

5.4. Asistencia jurídica 49

6. Estudio de casos 50

6.1. Olvido Hormigos 51

6.1.1. Antecedentes. 51
6.1.2. Hechos y resolución judicial 53
6.1.3. Repercusión en la sociedad y en la víctima 54

6.2. Tiziana Cantone 55
6.3. El caso de “la manada” 57

6.3.1. Hechos 57
6.3.2. Claves fundamentales de la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo 62
6.3.3. Repercusiones para la víctima tras conocerse la sentencia 66
6.3.4. Repercusiones para los victimarios tras conocerse la sentencia 74
6.3.5. Apoyo a la víctima 75
6.3.6. Reacción política 76
6.3.7. Nuevas consideraciones tras conocerse la STS 2200/2019, de 4 de julio: “la intimidación ambiental” 77

7. Conclusiones 78

7.1. ¿Victimización secundaria? 78
7.2. ¿Se están satisfaciendo las necesidades de la víctima en estas situaciones? 79
7.3. Falta de literatura sobre las víctimas adultas de delitos sexuales en los medios tecnológicos 80
7.4. Dificultad en la persecución de los delitos informáticos 81

8. Bibliografía 83

Capítulo II. La víctima del delito de trata de seres humanos

1. Introducción 95
2. El fenómeno de la trata de seres humanos 97

2.1. Aproximación al concepto 97
2.2. Recepción internacional 100
2.3. Legislación interna 103

2.3.1. Régimen legal español 103
2.3.2. Régimen legal argentino 105
2.3.3. Análisis comparativo de la figura penal en la legislación española y argentina . . 108

2.4. Bien jurídico tutelado 110
2.5. El elemento de la trasnacionalidad 111
2.6. Acciones típicas 113
2.7. Modalidades de explotación 114

2.7.1. Reducción a esclavitud, servidumbre o prácticas análogas 115
2.7.2. Trabajos forzados 119
2.7.3. Explotación para realizar actividades delictivas 122
2.7.4. Mendicidad 122
2.7.5. Explotación sexual 124
2.7.6. Extracción de órganos, tejidos o fluidos corporales 128
2.7.7. Matrimonio forzado 129

3. Derechos reconocidos a las víctimas de trata de seres humanos 131

3.1. Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos 131

3.1.1. Información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez 136
3.1.2. Deber de asistencia 136
3.1.3. Formación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo 138
3.1.4. Asesoramiento legal integral y el patrocinio jurídico gratuito 139
3.1.5. Protección eficaz 139
3.1.6. Permanencia en el país o retorno al Estado de origen 141
3.1.7. Trato digno y respetuoso 142

3.2. Aspectos procesales de la participación de la víctima en el procedimiento penal. Especial consideración de la declaración testimonial 142

4. La reparación a la víctima 145

4.1. La reparación en el sistema español 146
4.2. La reparación en el sistema argentino 148

5. Conclusiones 149
6. Bibliografía 150

Capítulo III. Responsabilidad del Estado peruano en la adopción de medidas de protección efectivas para las víctimas de violencia de género

1. A manera de introducción 157
2. Marco conceptual 159

2.1. Definición de violencia contra la mujer 159
2.2. Evolución histórica de los mecanismos de protección de género 161

3. Protección normativa de la mujer en Perú 166

3.1. Obligaciones internacionales asumidas por Perú 166
3.2. Normas que reprimen y previenen la violencia de género en Perú 169

3.2.1. Asistencia a víctimas de violencia de género 170
3.2.2. Regulación penal 179
3.2.3. Normas procesales aplicables a la violencia de género 183
3.2.4. Otros mecanismos: justicia comunal 187

4. Efectividad de las medidas adoptadas por el Estado peruano para la protección de víctimas de violencia de género 189

4.1. Situación de la violencia contra la mujer en Perú 189
4.2. Deficiencias detectadas 192

4.2.1. En el ámbito penal 192
4.2.2. En el ámbito de tratamiento y protección de las víctimas de violencia 193

4.3. Responsabilidad del Estado peruano por una deficiente diligencia para prevenir el feminicidio 197

5. Posibles soluciones a partir de la experiencia española en el tratamiento de la violencia de género 202

5.1. En el ámbito penal 203
5.2. En los mecanismos de prevención y atención 205

6. Conclusiones 207
7. Bibliografía 209

Capítulo IV. La declaración del menor víctima / testigo en el proceso penal

1. Introducción 215
2. La declaración de la víctima menor de edad en sede de instrucción 215
3. La declaración de los testigos menores de edad en sede de instrucción 220
4. La declaración de los menores de edad en sede de juicio oralX 221
5. A modo de conclusión 223
6. Bibliografía 224

Capítulo I

El impacto de la tecnología en la víctima del delito sexual. La victimización secundaria por medios tecnológicos con componente sexual: especial atención al "caso de la manada"

Blanca Souto Martín
Master en Justicia Criminal. Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto determinar las causas del proceso de revictimización o "victimización secundaria" en menores, adolescentes y adultos víctimas de delitos sexuales a través de las nuevas tecnologías de la comunicación y durante su transcurso por el proceso penal español. Se procura servir de aporte a la investigación jurídica tanto desde la perspectiva de actualización teórica de la materia como del análisis sobre el problema y sus implicaciones prácticas al hacer el estudio de casos reales (como el reciente caso "La Manada"). La certeza de que los datos que se tienen sobre el procedimiento penal puedan provocar daños en la víctima del delito conlleva a que la tutela judicial efectiva y su protección estén adquiriendo importancia en torno a los derechos humanos que se plasman en los textos internacionales y en las políticas de los diferentes Estados.

Palabras clave: delitos sexuales, víctimas, mayores de edad, revictimización, nuevas tecnologías, violencia de género.

1. Introducción al problema

La victimización secundaria que se mantiene mediante las tecnologías a través de internet ha ido transformándose dado que en los últimos años las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han cambiado radicalmente la forma en que las personas se interrelacionan. Estas nuevas plataformas que surgen al calor de la globalización, encuentran su espacio común en la exposición de la vida privada y personal pudiendo desembocar en nuevas formas de violencia y control sobre las víctimas, en su mayoría mujeres, tanto en el plano afectivo como sexual.

La actividad judicial en España[1] evidencia el aumento no sólo de las denuncias interpuestas por víctimas de violencia de género que sufren violencia física y psicológica, como hasta el momento conocíamos, sino que el auge y la tendencia subyace ahora en controlar las relaciones personales –aun no estando físicamente presentes– acosando, *hackeando* cuentas, vigilando su actividad o creando falsas identidades gracias a las nuevas redes sociales.

No obstante, el problema no empieza y acaba en la violencia de género, puesto que los delitos sexuales que se producen –o reproducen– con las nuevas tecnologías tienen una base que supera la clásica relación de pareja para llegar a los delitos de acoso público o ciber-pornografía, entre otros.

Uno de los problemas radica en que estos comportamientos delictivos, en muchas ocasiones, pasan desapercibidos en las propias denuncias e incluso en los interrogatorios judiciales. Esto puede deberse, entre otros factores sociológicos, a que uno de los mayores perjudicados por estos delitos son los adolescentes (como grandes consumidores de la comunicación mediante las redes sociales), para su privacidad y para su salud psíquica, en un momento en el que se hallan construyendo su identidad. Ello, porque tan víctima es aquella persona que sube a las redes sociales de manera constante fotografías en las que se expone públicamente buscando aprobación social (lo que puede derivar en depresiones y faltas de autoestima graves), como aquel al que se le vulnera la confianza, haciendo públicas imágenes o contenidos de carácter sexual en la web, o a la persona a la que se controla sin descanso en las mismas.

¿Son igual de "culpables" las personas que se exponen voluntariamente a las redes sociales, aun conociendo los riesgos que entrañan, que a las que sin consentimiento se le vuelcan en las redes sociales públicas contenidos que hayan enviado por sí mismos con carácter "más privado"?

El hecho es que, gracias a las nuevas tecnologías, el espacio de privacidad abre las puertas a la vigilancia masiva, provocando no sólo que las formas de relacionarse cambien, sino que la humillación o las amenazas formen parte del final de las relaciones sentimentales de pareja o de amistad. Sin embargo, las relaciones de dominio entre la pareja no siempre son advertidas y las conductas deleznables como el acoso, quedan justificadas bajo una falsa idea de amor romántico o de celos por habitualidad ("todos los chicos lo hacen, es porque le importo"). Es decir, se normalizan aquellas conductas que en muchos casos son constitutivas de delitos y que en último extremo pueden acabar en tragedia (casi siempre, la mujer acaba siendo utilizada como un objeto sexual nuevo pero rodeada de los estereotipos de género tradicionales).

El problema que subyace en lo expuesto es que si bien las generaciones venideras van cambiando la forma de relacionarse, ampliando la capacidad de conocer gente de

[1] BLANCO RUIZ, M. A., "Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes", en *Revista Comunicación y Medios*, nº 30, 2014, pp. 124-141. ISSN-e 0719-1529, ISSN 0716-3991.

diferentes lugares y culturas, el sustrato de fondo sigue siendo desigual en la construcción del lugar que les corresponde al hombre y a la mujer en el mundo.

El uso de conceptos como delincuencia informática, ciber-criminalidad, delitos informáticos, etcétera, ha ido convirtiéndose en una constante en la actualidad, afectando al conjunto de la sociedad. El surgimiento y la ágil difusión de las redes informáticas, propician que la ciber-criminalidad ese constituya como uno de los contextos delictuales con mayor crecimiento en España. Por ello, se hace necesario medir y contabilizar todos los parámetros posibles para así intentar tener un control y unos datos concretos para combatirlo[2].

El Convenio sobre ciber-criminalidad, más conocido como "Convenio de Budapest" fue el primer Tratado Internacional que buscó hacer frente a toda clase de delitos informáticos o cometidos por la vía de Internet. España ratificó este convenio el 1 de octubre de 2010.

Sin embargo, existen algunos otros tipos penales que aún no se contemplan en este Convenio, pero que interesaría tener en cuenta ya que los medios empleados para su perpetración son las nuevas tecnologías en base al volumen y la importancia que están adquiriendo.

2. Marco teórico

Mediante el presente Trabajo Fin de Máster (en adelante, TFM) se pretende obtener información sobre los delitos informáticos cometidos a través de las nuevas tecnologías que tengan como móvil del delito a las víctimas de delitos sexuales. Concretamente, como marco general previo señalar que delitos como el *sexting*, como explican AGUSTINA y GÓMEZ-DURAN[3], son una consecuencia natural de tres clases de revolución que han surgido en los últimos años: a) la revolución sexual, b) la tecnológica, y c) la de la adolescencia.

En la década de 1960 comenzó a relajarse la censura y sus estándares sociales con la llegada de la "revolución sexual"[4], donde el mundo occidental cambió radicalmente tras la segunda mitad del S. XX, sufriendo un cambio de mentalidad que derivó, entre otras cuestiones, en una revolución en el plano de la moral, la ética, los comportamientos y las relaciones sexuales.

[2] Observatorio Español de Delitos Informáticos, "Observatorio Español de Delitos Informáticos | Información, análisis, estadísticas y ayuda contra los delitos informáticos", 2018. Disponible en: http://oedi.es/estadisticas/ (Fecha de consulta: 28/03/2018)

[3] AGUSTINA, J. R., y GÓMEZ-DURAN E. L., "Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización", en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, nº 22, 2016, p. 36. ISSN 1699-8154.

[4] NAVARRO, B. y PETERS, B., "Pornography harms society", Sexual Values. Opposing Viewpoints, Cozic, 1995, pp. 129-133.

Unido a estos cambios también fueron evidentes las relevantes transformaciones en las nuevas tecnologías y, ligado a ello, la pérdida cada vez más tangible de la intimidad personal y del sentimiento de privacidad, ya no sólo en la propia persona sino en ámbitos más amplios como la familia o en los sistemas educativos desde la niñez[5].

Así, si bien es cierto que la fase de la adolescencia trae *per se*, de manera biológica ciertos cambios corporales y psicológicos –que en todo caso afectan a cada tipo de relaciones sociales–, ello debe enmarcarse en las actuales circunstancias, las de los "nacidos digitales"[6]. De tal manera que si el adulto del mañana es hoy un adolescente que percibe sus cambios físicos (propios de su etapa vital), sufre una cierta extrañeza hacia su propio cuerpo, y por consiguiente, inseguridades que necesita saldar bajo la aprobación de su grupo de iguales; esto puede llevar a que surja una desproporcionada preocupación por el aspecto exterior lo cual implica seguir a rajatabla las modas imperantes del momento, iniciándose así un camino en la búsqueda de la felicidad bajo la aceptación social, camino que no siempre consigue superarse (en mayor medida en las relaciones de amistad y sobre el género opuesto, que se ponen por encima de las familiares). Son aquí las redes sociales –en concreto– y la web –en general– las que facilitan un espacio que sirve a modo de válvula de escape frente a esta necesidad de encontrar refuerzos positivos[7].

Este apartado cobra importancia pues no pueden dejarse de lado los datos objetivos que dan cuenta que la delincuencia sexual la ejercen (y a su vez son víctimas) en gran medida los menores. Así según un estudio[8], el 40% de los abusos sexuales contra los menores de 6 años los cometen otros menores de entre 7 y 17 años, tras lo cual hace hincapié en la importancia de la prevención y de la educación para los futuros adultos.

3. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

3.1. Delitos y conceptos clave en el impacto sexual cometidos a través de la web, las redes sociales u otros medios tecnológicos, y su relación con la legislación actual

Los avances tecnológicos han transformado a personas de todas las regiones del mundo en muchos sentidos, permitiendo, entre otras cosas, un avance y progreso sin

[5] ANATRELLA, T., *La diferencia prohibida. Sexualidad, educación y violencia. La herencia de mayo de 1968*. Ed: Encuentro, 2008, pp. 87 a 92. ISBN 8474908752.

[6] BRINGUÉ, X., y SÁDABA, C., *La generación interactiva en España. niños y adolescentes ante las pantallas*. Ed: Ariel y Fundación Telefónica, 2009, p. 62. ISBN 978-84-08-09111-0.

[7] AGUSTINA, J. R., y GÓMEZ-DURAN E. L., "Factores de riesgo...", op. cit., p. 37.

[8] RICH. P., "Understanding, Assessing, and Rehabilitating. Juvenile Sexual Offenders". JohnWiley & Sons, 2011. Publicado por la Universitat Oberta de Catalunya bajo la lectura del análisis de: BIGAS FORMATJÉ, N., "¿Cómo prevenir los delitos sexuales contra menores y reinsertar a los delincuentes?". Universitat Oberta de Catalunya, 2017. Disponible en: https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2017/025-jornada-criminologia.html (Fecha de consulta: 02/04/2018).

precedentes. La sociedad actual depende en gran medida de las facilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías y, en lo que nos compete, también de la gran cantidad de información expuesta que expande los límites temporales y espaciales.

A pesar de sus ventajas, las nuevas tecnologías –y en concreto las redes sociales que se crean gracias a internet– han generado nuevos desafíos para la población, pues esta herramienta ha sido empleada como un potenciador de las acciones personales, de tal manera que los derechos y libertades fundamentales están hoy en día en una situación frágil. Si bien es cierto, las nuevas tecnologías han ayudado también a llegar rincones donde la ayuda a las víctimas de estos delitos sería casi imposible.

Los delitos más comunes en la red se producen por el mal uso o por el desconocimiento de la gran vulnerabilidad que se profesa de las redes sociales. En un espacio en el que se piensa que "sólo" se comparte información con amigos y familiares autorizados, la realidad propicia que terceras personas, o personas con las que guardamos algún tipo de relación con intenciones diversas, puedan llegar a hacer uso de los contenidos privados de la misma y en algunos casos lleguen a constituir un hecho delictivo.

Los delitos más comunes en redes sociales, que en ocasiones coinciden con los cometidos por otros medios tecnológicos, suelen ser el de suplantación de identidad, las amenazas, la revelación de secretos personales o los cometidos contra el honor y la propia imagen.

Ahora bien, dentro de estos delitos, si nos centramos en los que tienen su impacto en las víctimas de delito sexual, nos encontramos, como regla general, con el perfil de personas adultas que al amparo del anonimato o mediante la creación de perfiles falsos llegan a conseguir imágenes de menores en situaciones de desnudez, o lo que se conoce como "*grooming*"[9] (el acoso de carácter sexual). O bien, por personas adolescentes o en fase de construcción de la identidad, que lo que buscan es socavar la autoestima de una persona que considera que "se lo merece".

En este sentido, no puede olvidarse que la persona que decide escribir o publicar imágenes en la red de otra, sin su consentimiento, no lo hace con la pretensión de ayudar, sino de opinar sobre sucesos ya pasados. Esto provoca que se vuelva a victimizar a una mujer (en la mayoría de los casos) que ha sufrido o sufre violencia sexual en la forma conocida como "*sexting*"[10] o "porno por venganza", es decir el envío de mensajes o imágenes con contenido erótico.

Ajustando estos delitos al propio Código Penal de 1995 (en adelante, CP) tras su última reforma del año 2015, se tratarán los delitos que se constituyen en los "Títulos VI contra la libertad", "Título VII de las torturas y otros delitos contra la integridad moral", y "Título X contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabili-

[9] GALENCE, V. P. "El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming", en *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, nº15, 2011, pp. 20-21.

[10] MARTÍNEZ OTERO, J. M., "La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico", en *Derecom,* nº12, 2013, p. 6. ISSN: 1988-2629.

dad del domicilio"; siempre hablando de un adulto (persona mayor de 18 años) como autor del delito, que es en la rama del derecho en la que centraremos este breve trabajo; y no así en la Ley Orgánica 5/2000 de Reforma Penal del Menor, puesto que objeto de este estudio es la víctima del delito sexual mayor o menor de edad, entendiendo que su autor será mayor de edad.

A continuación, se señalarán brevemente, en orden alfabético, algunos de los delitos más comunes de carácter sexual cometidos gracias a las redes sociales para invitar posteriormente a la reflexión sobre los mismos.

a) Acecho ilegítimo o *stalking*: este delito es de tal gravedad que sobrepasa las amenazas o coacciones tipificadas en el CP, por ello el legislador en la última reforma de 2015 entendió que debía constituir un nuevo tipo penal para una "nueva figura" creada al calor de internet y sus medios de difusión. Esta figura delictiva fue introducida en el art. 172 ter CP, incluido dentro de los delitos contra la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima[11]. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar, aunque también puede verse afectado el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el *stalking*, no obstante solo cumplirá los elementos del tipo aquel que limite la libertad de obrar de la víctima.

En definitiva, este tipo penal constituirá el delito de coacciones del art. 172 CP si no se difundiesen finalmente las imágenes o videos, en base a la gravedad del hecho y del peligro si tuviese una difusión por medios tecnológicos, desde sus familiares y amigos hasta todo el espectro de internet; pero si dichas imagines íntimas acabasen difundiéndose, estaríamos ante un delito de "*sextorsion*" que está tipificado en el art. 197.7 CP, que en el apartado d) se desarrollará.

b) *Ciber-bullying* o ciber-acoso: este delito está relacionado con diferentes figuras, pues es diferente el *bullying* en el plano laboral, cuyas figuras delictivas se desarrollan entre adultos, pudiendo derivar en diferentes tipos de delitos como las lesiones (art. 147 y ss. CP), las agresiones y abusos sexuales (art. 178 y ss. CP), o cuando los hechos tengan la entidad suficiente, puede llegar a producirse el tipo previsto en el art. 173.1 CP que castiga al que inflija a otra persona trato degradante, menoscabando su integridad moral; o actos que resulten humillantes de manera reiterada que sin llegar a constituir trato degradante, supongan un grave acoso.

Sin embargo, en este caso se hará especial mención al plano escolar, entre menores de edad, pues esta figura puede derivar en el peor de los casos en el suicidio del menor, y no necesariamente por la inducción directa de otro menor a ello (art. 143 CP), sino por la gravedad del acoso que recibe la víctima.

[11] FH, R. N., "El nuevo delito de acoso ilegítimo o stalking", en *Noticias Jurídicas*, 2016. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10989-el-nuevo-delito-de-acoso-ilegitimo-o-stalking-art-172-ter-cp/ (Fecha de consulta el 05 de 02 de 2018)

Este delito entre menores comienza cuando un sujeto –sobre todo en el caso de los adolescentes– emplea las herramientas de internet bajo cualquier aparato tecnológico como medio para acosar, amenazar o humillar a otra persona, lo que genera al final una atmosfera de odio y rencor entorno al menor que puede acabar derrumbándolo moralmente[12]. El problema principal de esta figura es que el menor lo suele sufrir en silencio, o no es consciente de ello hasta que es demasiado tarde, de tal manera que en la mayoría de las ocasiones cuando los padres son conocedores este delito, ya lleva un largo periodo produciéndose y las secuelas pueden ser muy graves en el desarrollo de la personalidad del menor[13]. La regulación de este ilícito, para los menores de edad, amparada siempre en el art. 10 CE[14], a groso modo, viene recogida en la LO 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación; y la Ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (que modifica la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

c) *Grooming* o ciber-acoso sexual. Este delito viene tipificado en el art. 183 ter CP. Se tipifican los actos preparatorios que no llegan a ser tentativa de delito y que sería difícil castigar sino fuese por esta figura. En concreto, lo que se castiga es la captación de menores con fines sexuales a través de Internet.

Para GALENCE[15], el *grooming* sigue una serie de fases más o menos de carácter fijo que van agravándose conforme se pasa a la siguiente, veamos:

1. En primer lugar, se establecería el contacto y acercamiento del ciber-acosador con el menor a través de las redes sociales (Facebook, Instagram, o chats similares) fingiendo ser alguien agradable, atractivo, otro menor de su edad con gustos parecidos, etc., supliendo en la mayor parte de los casos la identidad o creando perfiles falsos. Es decir, lleva a cabo una estrategia preconstruida para conseguir su confianza.
2. El sexo en la red, en la segunda fase, el ciber-acosador consigue –una vez que mantiene una relación fluida con la víctima por internet– que el menor le envíe imágenes comprometidas o bien que encienda la cámara web de su dispositivo.

[12] MESEGUER GONZÁLEZ, J. D., "Tratamiento y protección penal contra el ciberacoso escolar o cyberbullying", en *El derecho*, 2014, Disponible en: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/ciberseguridad/Tratamiento-proteccion-ciberacoso-menores-cyberbullying_11_485680003.html (Fecha de consulta el 04 de 02 de 2018)

[13] CAÑARTE RODRÍGUEZ, T. C., "Cyberbullying: el acoso a través de las redes sociales en jóvenes universitarios", en *Revista Dominio de las Ciencias*, Volumen 3, 2017, pp. 174-185. ISSN-e 2477-8818.

[14] PORRAS, A. J. "Privacidad en internet: los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva". Tesis Doctoral. Toledo, Universidad de Castilla la Mancha, 2013, p. 316. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10092/TESIS%20Gonz%C3%A1lez%20Porras.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Fecha de consulta el 18 de 12 de 2017)

[15] GALENCE, V. P., "El ciber-acoso...", op. cit. pp. 25 a 31.

3. *Grooming*. Cuando el menor no accede a sus pretensiones, o bien llegue un punto en el que cese de satisfacer las necesidades del acosador, éste le amenazará con difundir las fotografías u otros archivos que haya conseguido, con la mayor carga sexual posible a través de las redes sociales; o bien con mandarlo a sus familiares y amigos. Por lo que el ciber-acosador, al final, consigue que el menor acceda a sus chantajes.

d) *Sexting* y *sex-casting*. Este tipo delictivo –incluido a la vez que el *stalking* en el CP con la última reforma de 2015–, viene recogido en el art. 197.7 CP. Constituye *sexting*, aquella difusión de imágenes íntimas de la víctima obtenidas con consentimiento de la misma, pero sin autorización para su difusión posterior.

Por lo tanto, el *sexting* es el envío, a través de medios tecnológicos, de mensajes con contenido sexual en los que la/el protagonista es el emisor del mensaje, siendo muchas veces producidos por el mismo. Esta persona pasará a ser la víctima afectada, tras otorgar su consentimiento en el ámbito íntimo de la pareja o amistad, cuando posteriormente una de las partes implicadas lo difunde a terceros sin el consentimiento del sujeto pasivo, atentando gravemente contra su dignidad e intimidad.

3.2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

3.2.1. La agresión sexual y la violación

El art. 178 CP determina que "el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de un delito de agresión sexual". La pena es de prisión y va desde 1 a 5 años.

El art. 179 CP regula la violación sexual, que es un tipo agravado de la agresión, cuya característica es que existe un acceso carnal o de objetos por las vías vaginal, anal o bucal; y en este caso la pena de prisión se eleva de 6 a 12 años.

Por su parte, el art. 180 CP contiene las agravantes de los delitos mencionados, elevando la pena de prisión de la agresión sexual de 5 a 10, o en el caso de la violación de 12 a 15 años cuando concurra alguno de los siguientes sucesos, o en la mitad superior de la pena si concurren dos o más:

— Que los actos tuvieran un carácter degradante o vejatorio para la víctima.
— Cuando los hechos fueren cometidos por 2 personas o más.
— Siempre que la víctima sea especialmente vulnerable, como en el caso de los incapaces o discapacitados.
— Si el autor/es de los hechos empleara el beneficio de su situación de superioridad o parentesco.

— Cuando concurra el uso o empleo de armas u objetos que pongan en peligro la vida de la víctima.

3.2.2. Los abusos sexuales

El art. 181 CP comprende el abuso sexual como aquel acto que "atentare contra la libertad e indemnidad sexual, sin consentimiento de la víctima", pero también "sin violencia ni intimidación". En este caso la pena puede ser la de prisión de 1 a 3 años, o bien la de multa de 18 a 24 meses.

El CP establece una serie de supuestos para indiciar cuándo el delito de abuso sexual no es consentido:

— Cuando se ejecuten sobre personas incapaces o discapacitadas.
— Sobre aquellas personas que se hallen privadas de sentido o bajo algún trastorno psíquico.
— Los que se cometiesen anulando la voluntad de la víctima sexual mediante el empleo de drogas u otras sustancias análogas.

Ahora bien, si hubiere algún tipo de acceso carnal de los indicados para el delito anterior, la pena se agravaría y sería la prisión de 4 a 10 años.

3.2.3. El acoso sexual

El art. 184 CP –introducido con la última reforma del CP– establece el delito de acoso sexual en el plano laboral y docente, distinto del ámbito genérico de acoso sexual. En este caso será castigado el que solicitare favores de carácter sexual, para sí o para un tercero, en los ámbitos señalados. Ahora bien, se requiere para que sea considerado "acoso" que sea continuado y habitual y siempre provoque en la víctima una situación degradante o humillante grave de carácter objetivo. La pena será la de prisión de 3 a 5 meses, o bien una pena de multa de 6 a 10 meses, que quedarán agravadas cuando concurra que la situación en que el autor del delito posea y abuse de su situación de superioridad o le amenazara con provocarla un mal en su puesto de trabajo.

3.2.4. La prostitución

El art. 187 CP, recoge y castiga con la pena de prisión de 2 a 5 años y pena de multa de 12 a 24 meses, a aquel que:

— Emplee violencia, intimidación o engaño.
— Abuse de su situación de superioridad o de la vulnerabilidad de la víctima.
— Obligue a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución.
— Se lucre de la explotación de la prostitución de otra persona, aunque exista consentimiento de aquella que ejerce la prostitución.

En todo caso, las penas mencionadas quedarán agravadas cuando concurra lo siguiente:

— El autor del delito sea una autoridad o funcionario público.
— El responsable pertenezca a un grupo u organización criminal.
— Cuando se ponga en peligro la vida e integridad de la víctima.

3.3. Incidencia de la criminalidad informática en España

En este acápite, en base a los datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado en el apartado 8 correspondiente a la criminalidad informática[16], se realiza una comparación con los datos estadísticos del Ministerio del interior en su Estudio sobre la ciber-criminalidad en España[17] para ver la incidencia que tienen estos delitos sobre el total. Se muestran los datos más interesantes como son la cifra negra y la falta de denuncias por diferentes causas como son la vergüenza de la víctima, o la viralización de los contenidos.

La Memoria de la Fiscalía recoge datos sobre ciberdelito por el relevante uso que se hace por parte de los infractores de las nuevas tecnologías de la información y comunicación para delinquir, lo que supone un gran reto para los operadores jurídicos legislar y dar respuesta a una serie de problemas que se desenvuelven en un mundo en constante evolución, traducidos en nuevos comportamientos por parte de los criminales.

Como respuesta a estos comportamientos, el poder legislativo llevó a cabo en el año 2015 una serie de reformas en caminadas en parte a la resolución de los delitos aquí expuestos, con las modificaciones del CP (LO 1/2015 y LO 2/2015, de 30 de marzo) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim LO 13/2015 y LO 41/2015, de 5 de octubre). En este sentido, las modificaciones del CP fueron principalmente encaminadas a incorporar la tipificación de nuevos delitos, y la adaptación de los existentes al nuevo *modus operandi* de los ciberdelincuentes.

[16] Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín, Madrid, 2017. Ed: Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia NIPO: 056-15-002-7. ISSN: 1889-7118

[17] Ministerio del Interior , "*Estudio sobre la ciber-criminalidad en España*". Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios, 2017, apdo.4.

Delitos informáticos		Procedimientos judiciales incoados	Tanto %	Diligencias de investig.	Tanto %
Delitos contra la libertad	Amenazas/coacciones cometidos a través de las TICs (arts. 169 y ss.; arts. 172 y ss. CP)	989	12.31	23	7,28
	Acoso cometido a través de las TICs (art. 172 ter)	131	1,63	0	0
Delitos contra la integridad moral	Trato degradante cometido a través de las TICs (art. 173 CP)	69	0,86	3	0,95
Delitos contra la libertad sexual	Delitos de pornografía infantil o personas con discapacidad cometidos a través de las TICs (art. 189 CP)	681	8,48	3	0,95
	Acoso a menores de 16 años a través de las TICs (art. 183 ter CP)	98	1,22	5	1,58
	Cualquier otro delito contra la libertad sexual cometido a través de las TICs	76	0,95	3	0,95
Delitos contra la intimidad	Ataques a sistemas informáticos/ interceptación transmisión datos (arts. 197 bis y ter CP)	115	1,43	11	3,48
	Descubrimiento y revelación de secretos a través de TICs (art. 197 CP)	404	5,03	20	6,33
Delitos contra el honor	Calumnias o injurias contra funcionario o autoridad cometidas a través de TICS (art. 215 CP)	100	1,24	8	2,53
Delitos contra el patrimonio	Estafa cometida a través de las TICs (arts. 248 y 249 CP)	4.930	61,36	144	45,57
	Descubrimiento de secretos empresariales (arts. 278 y ss. CP)	49	0,61	1	0,32
	Delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos (art. 286 CP)	16	0,20	1	0,32
	Delitos de daños informáticos (arts. 264, 264 bis y 264 ter CP)	114	1,42	8	2,53
	Delitos contra la propiedad intelectual en la sociedad de la información (art. 270 y ss. CP)	54	0,67	2	0,63

Delitos informáticos		Procedimientos judiciales incoados	Tanto %	Diligencias de investig.	Tanto %
Delitos de falsedad	Falsificación a través de las TICS	99	1,23	2	0,63
Delitos contra la Constitución	Delitos de discriminación cometidos a través de las TICS (art. 510 CP)	72	0,90	82	25,95
Otros		38	0,47	0	0
Total		8.035	100	316	100
Total delitos contra la libertad e indemnidad por medio de las nuevas tecnologías.		2.663	33,14	76	24,05

Tabla 1. Elaboración propia a partir de los datos obtenidos por la Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial 2017 por el Fiscal General del Estado.

Respecto de las segundas reformas, éstas se dirigieron a modificar la antigua normativa procesal para adaptarla a las nuevas necesidades que surgen al hilo de la investigación tecnológica, así como para tratar de agilizar la justicia penal y aumentar las garantías procesales en el ámbito de esta especialidad legal.

Los datos recopilados por parte del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) han sido obtenidos de la Unidad Central de Criminalidad Informática, desde cada una de las Fiscalías a nivel provincial respecto de los delitos de esta modalidad. Si se comparan los datos del año 2015 con los de este estudio que atiende a los del año 2016, se observa un descenso del 64,50%, pues en el primero se obtuvo información de 22.575 casos, mientras que al año siguiente tan solo 8.035. Ello, evidentemente, tiene una explicación: debido a que estos delitos transversales pueden manifestarse en otros hechos ilícitos de diferente naturaleza –que a su vez encajan en una multiplicidad de tipos penales– provoca que en las estadísticas queden, en algunos casos, bajo el paraguas de otros datos y delitos salvo que quede constancia de su carácter informático.

Gracias a la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, FFyCCSE), el MF pudo ir recopilando y afinando las estadísticas desde el año 2011 hasta la actualidad, siempre manteniendo presente las soluciones que ofrece el art. 9 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se observa un notable ascenso cada año, salvo en 2016 donde el cambio de signo fue drástico y ello en ningún caso debe entenderse como que ha bajado la tendencia en esta clase de delitos, sino que muy al contrario la información obtenida da como resultado un incremento del uso de las tecnologías en diferentes ámbitos de la vida del Estado: política, economía o sociedad.

El reflejo de estos tipos delictivos en los Tribunales ha sido afectado directamente por la citada reforma LO 41/2015 de la LECrim, y en concreto por su art. 284, por el

cual los atestados policiales en los que no exista un autor conocido no deben ser trasladados al MF, a menos que concurran alguna de las causas expuestas en el apartado 2 del citado artículo. Es por ello que tras su entrada en vigor se dio una evidente reducción del volumen de diligencias, y por ende de procedimientos de estos delitos, todo lo cual, en mi opinión, puede llevar a unos efectos negativos respecto de la acción penal contra este tipo delincuencial, y en cuanto a la adopción de medidas contra el mismo desde el MF.

Respecto de los datos que se muestran en la Tabla 1º, he de señalar que de los resultados volcados se extrae que el volumen considerablemente más elevado de procedimientos judiciales incoados es el que se corresponde con la parte de investigar y enjuiciar las diferentes modalidades de delitos de estafa, con un 61,36% del total. Aun cuando este porcentaje pueda parecer elevado, es interesante señalar que, respecto de los datos extraídos de la Memoria del MF, sufrieron un gran descenso, pues en el año 2015 estaban en torno al 80%. Ahora bien, en base al art. 284 LECrim, el hecho de que el MF no haya podido participar ni indagar en gran parte de los atestados policiales hace difícil que puedan hacer un juicio de valor en base a las circunstancias de los delitos, pues nunca llegaron a la jurisdicción penal.

Por su parte, respecto de los delitos que aquí interesan, es decir, aquellos que se sirven de las nuevas tecnologías para ejercer una criminalidad activa y atentar contra la libertad e indemnidad sexual, corresponde señalar que la primera preocupación para el MF se centra en los delitos de *grooming* infantil, y sobre todo aquellos que terminan en pornografía de menores y discapacitados, pues aun con el incremento de Tratados y Convenciones Internacionales en este sentido en la lucha contra un problema a nivel global, la relevancia que se da en la Memoria a esta clase de delitos recae, en primer lugar, en la importancia del bien jurídico afectado y, en segundo lugar, en la evolución de estos cibercriminales, que además difunden su contenido.

El descenso en la cifra de incoaciones en un 11% desde 2015 a 2016 en esta clase de delitos, a diferencia de los mencionados anteriormente, no puede aplicarse a los delitos de pornografía infantil, pues es una de las excepciones del art. 284.2.a LECrim, es decir, que la falta de un autor conocido no impide su investigación por parte del MF y por ende que el caso llegue a instancias judiciales. Ahora bien, el descenso no se debe a la falta de criminalidad, o de su denuncia, sino a la dificultad –cada vez mayor– por parte de las FFyCCSE de detectar estos ilícitos vinculados con las IP de origen en distintos países, que alarga la búsqueda de los mismos.

La amplitud de opciones que traen consigo el avance de las tecnologías facilita que los agresores e infractores sexuales puedan obtener una mejor preparación del material delictivo mediante el empleo de grabaciones y posteriormente los actos de agresión y abuso, que en algunos casos ellos mismos llevan a cabo y en otros se lo hacen ejecutar a terceras personas, físicamente u online. Por tanto, estamos ante un fenómeno delictivo minuciosamente preparado, planificado y ejecutado, ya sea de manera individual o colectiva por grupos criminales; actos en los que concurren diferentes tipos penales que

dificultar la investigación y llegan a emplear medios tecnológicos de lo más novedoso (por ejemplo, la operación encubierta vía online, técnica que hasta la última reforma en la LECrim no tenía cabida en la legislación procesal española).

Finalmente, respecto de la Tabla 1º cabe señalar, pues merecen una consideración aparte, los delitos que van dirigidos a menoscabar derechos personalísimos cometidos mediante las tecnologías, como son la libertad, honor y seguridad de las personas. Es decir, se hace referencia a los delitos de amenazas, coacciones y acoso tipificados en el art. 172 ter 1 y 2 CP. Esta clase de delitos significaron un total de 1.120 incoaciones en el año 2016, es decir, hablamos de un 13,9% del registro anual, que se traduce a su vez en un aumento respecto del año anterior, aunque sea tan solo en un 1% (en 2015 se dieron un total de 1.105 incoaciones). Si se analizan detenidamente las cifras sobre esta clase de delitos puede extraerse que el incremento más notable viene de la mano de los acosadores, es decir, del delito de acoso permanente que va desde los 96 casos incoados en 2015, hasta los 131 del año 2016; incremento fácilmente explicable si se tiene en cuenta la reforma llevada a cabo en el CP en 2015, donde estas conductas se venían incluyendo en las genéricas de amenazas o coacciones, y en algunos casos –como más adelante se analizará con un caso real– en los que al existir consentimiento en el envío inicial de imágenes comprometidas que luego se extendían por la red sin consentimiento, ni siquiera se consideraban delito.

El empleo de las nuevas tecnologías para llevar a cabo delitos contra la libertad sexual de las personas se ha visto en alza, como así puede extraerse de los datos obtenidos de las Memorias del MF de los años precedentes, donde si nos basamos en el dato total de delitos informáticos se ha incrementado desde los 250 procedimientos incoados en 2013, pasando por los 528 en 2014, hasta los ya mencionados 1.105 y 1.120 de los dos últimos años. Así las cosas, ni con la modificación del art. 284 LECrim parece haberse alterado el monto total y ello también encuentra su explicación en que los delitos contra los derechos personalísimos normalmente tienen un autor que resulta ser conocido por la víctima.

Además, la generalización del uso de las nuevas tecnologías por la gran mayoría de la población –que abarca a todas las edades: desde la muy temprana infancia hasta la vejez–, hace que los medios comunicativos más frecuentes estén pasando a ser por ejemplo: el correo electrónico, los programas de mensajerías instantánea (como WhatsApp o Telegram, que a su vez incluyen los mensajes por voz) o la comunicación por redes sociales (algunas tan extendidas a nivel internacional como Facebook o Instagram, entre otras). Éstos se han convertido en el nuevo y más habitual medio de comunicación entre personas, y por ende, la fuente más fácil para que los infractores comiencen y culminen delitos como los de amenazas, coacción, hostigamiento o persecución y control sobre la víctima.

Por tanto, no resulta extraño que, gracias a la falta de control sobre estos medios por el ciudadano medio, tales tipos delictivos estén unidos a algunas de las personas más vulnerables de la sociedad: menores de edad, sujetos con problemas de relación

dentro del ámbito de los adolescentes, situaciones de violencia de género o violencia intrafamiliar. Todo lo cual, no sólo se extrae de los datos y legislación a nivel nacional, sino que la ya mencionada Convención de Budapest contra los delitos de Ciberdelincuencia aprobada por el Consejo de Europa promovió una iniciativa para ampliar el área de acción del citado Convenio a los casos de violencia de género y de violencia sobre los menores cometidos mediante el uso y empleo de las nuevas tecnologías.

Por último, respecto de la propia separación hecha de los datos también puede extraerse otro resultado: que el 33,14% de los procedimientos judiciales incoados son delitos contra la libertad e indemnidad por medio de las nuevas tecnologías, mientras que el 24,05% corresponde a las diligencias de investigación respecto de los delitos señalados.

Para la Tabla 2 y la subsiguiente, se han empleado los datos que forman parte del Sistema Estadístico de Criminalidad (en adelante, SEC), que comenzó a funcionar en 2008, sustituyendo al Programa Estadístico de Criminalidad, pues se incorporaron una serie de mejoras que van desde la perspectiva metodológica hasta las técnicas empleadas en su calidad para proporcionar un mayor nivel en materia de las estadísticas desde el Ministerio del Interior.

Hechos conocidos en delitos sobre cibercriminalidad en España 2016		
Acceso e interceptación ilícita	2.579	
Amenazas y coacciones	11.473	
Delitos contra el honor	1.524	
Delitos sexuales	1.188	
Delitos contra la prop. industrial e intelectual	121	
Falsificación informática	2.697	
Fraude informático	45.894	
Interferencia de datos en el sistema	1.110	
Total	Hechos conocidos	66.586 — 100%
	Esclarecimiento	20.453 — 30,71%
	Detenciones/ investigaciones	4.802 — 7,21%
Total delitos contra la libertad e indemnidad por medio de las nuevas tecnologías.	16.764 — 25,17%	

Tabla 2. Elaboración propia a partir de los datos obtenidos por Estudio sobre la ciber-criminalidad en España del Ministerio del Interior, 2017.

El hecho de que sea el Ministerio del Interior y no otro organismo a nivel nacional el que lleve a cabo la elaboración del SEC, viene como consecuencia de la aprobación del RD 400/2012, de 17 de febrero, el cual desarrolló la estructura del propio Ministerio del Interior, señalando al Gabinete de Coordinación y Estudios como el órgano encargado de asumir la función de materia estadística criminal.

A su vez, este órgano debe atenerse a la Instrucción 1/2013, de 31 de enero sobre Estadística Nacional de Criminalidad; y en este sentido, señala que el SEC recopilará los datos aportados por las FFyCCSE, las que dependen de las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), y los facilitados por las fuerzas locales a los cuerpos del Estado.

Para este trabajo concreto se han tenido en cuenta tan sólo los datos recopilados por el SEC respecto de los delitos de ciber-criminalidad cometidos en España.

La Tabla 2, hace referencia a los hechos y datos totales conocidos por las FFyCCSE en el año 2016, señalando la distribución que se adoptó en el Convenio de Budapest, pero añadiendo alguna otra infracción penal de las reguladas en la legislación nacional española. Cabe destacar que además del catálogo conocido como delitos de ciberdelincuencia se incluyen en esta Tabla 2 todos aquellos delitos en los que se emplease alguno de los medios tecnológicos necesarios para concurrir a la comisión del delito, éstos son: el delito contra el honor y la amenaza o coacción a la víctima por parte del agresor/infractor.

De los resultados finales extraídos de la Tabla 2 quizás lo más reseñable sea que del total, un 69% equivale a delitos de fraude informático, mientras que el 17,1% corresponde a amenaza y coacción.

Para concluir este apartado, se hará mención a los datos estadísticos confinados en la Tabla 3 que parten del total de los datos sobre victimizaciones registrados en base a la categoría penal y el sexo, precisando, en primer lugar, el perfil de la víctima de los ciberdelitos en España, para después pasar a concretar esos datos en función de la edad.

Teniendo en cuenta los datos del 2016, las victimizaciones recopiladas por parte de las FFyCCSE ascendieron a un total de 54.446. En comparación con los datos del año anterior muestra un ascenso del 16,15%. En cifras totales, la mayor parte de las víctimas de ciber-delitos corresponden a los hombres (54,33%), en concreto a aquellos que están en la franja de 26 a 50 años de edad, víctimas principalmente de delitos de fraudes informáticos, amenazas y coacciones. No obstante, si en ese análisis global se indaga un poco, rápidamente se extrae que las mujeres son las víctimas por excelencia en delitos sexuales cuando se está ante hechos que tienen relación con la interceptación ilícita, revelación de secretos y los delitos contra el honor.

Según los datos del SEC, en 2016 el porcentaje de 36,62% del total de víctimas recae en personas de entre 26 y 40 años, tanto en el caso de hombres como de mujeres. Por otra parte, el tipo penal más extendido entre los delincuentes informáticos es el fraude, salvo para el caso de los menores de edad, ello dado que el patrón de las víctimas menores de edad no sigue el mismo esquema que el de las víctimas mayores de edad, ya que los menores son más propensos a caer en amenazas o delitos sexuales.

Victimizaciones registradas sobre cibercriminalidad en España 2016 según sexo, edad y categoría penal.

	Hombre	Mujer
Acceso e interceptación ilícita	Total 1233	Total 3307
	Decon. 30	Decon. 395
	Menores 99	Menores 152
	De 18 a 25 años 190	De 18 a 25 años 824
	De 26 a 40 418	De 26 a 40 1087
	De 41 a 50 282	De 41 a 50 610
	De 51 a 65 179	De 51 a 65 222
	> 65 años 35	> 65 años 17
Amenazas y coacciones	Total 6757	Total 5291
	Decon. 28	Decon. 12
	Menores 309	Menores 490
	De 18 a 25 años 1088	De 18 a 25 años 986
	De 26 a 40 2597	De 26 a 40 1999
	De 41 a 50 1512	De 41 a 50 1054
	De 51 a 65 956	De 51 a 65 583
	> 65 años 267	> 65 años 167
Delitos contra el honor	Total 691	Total 934
	Decon. 33	Decon. 5
	Menores 20	Menores 102
	De 18 a 25 años 47	De 18 a 25 años 154
	De 26 a 40 253	De 26 a 40 344
	De 41 a 50 189	De 41 a 50 216
	De 51 a 65 117	De 51 a 65 100
	> 65 años 32	> 65 años 13
Delitos sexuales	Total 325	Total 569
	Decon. 19	Decon. 13
	Menores 240	Menores 426
	De 18 a 25 años 15	De 18 a 25 años 25
	De 26 a 40 18	De 26 a 40 55
	De 41 a 50 19	De 41 a 50 31
	De 51 a 65 11	De 51 a 65 14
	> 65 años 3	> 65 años 5

Victimizaciones registradas sobre cibercriminalidad en España 2016 según sexo, edad y categoría penal.

	Hombre	Mujer
Delitos contra la prop. industrial e intelectual	Total 22	Total 10
	Decon. 0	Decon. 0
	Menores 0	Menores 0
	De 18 a 25 años 0	De 18 a 25 años 0
	De 26 a 40 7	De 26 a 40 7
	De 41 a 50 7	De 41 a 50 2
	De 51 a 65 4	De 51 a 65 1
	> 65 años 4	> 65 años 0
Falsificación informática	Total 876	Total 909
	Decon. 2	Decon. 2
	Menores 25	Menores 75
	De 18 a 25 años 123	De 18 a 25 años 202
	De 26 a 40 304	De 26 a 40 306
	De 41 a 50 202	De 41 a 50 177
	De 51 a 65 167	De 51 a 65 115
	> 65 años 53	> 65 años 32
Fraude informático	Total 19056	Total 13515
	Decon. 16	Decon. 13
	Menores 101	Menores 62
	De 18 a 25 años 2394	De 18 a 25 años 2008
	De 26 a 40 7079	De 26 a 40 5232
	De 41 a 50 4620	De 41 a 50 3299
	De 51 a 65 3852	De 51 a 65 2327
	> 65 años 994	> 65 años 574
Interferencia de datos en el sistema	Total 623	Total 328
	Decon. 0	Decon. 0
	Menores 4	Menores 5
	De 18 a 25 años 32	De 18 a 25 años 15
	De 26 a 40 148	De 26 a 40 93
	De 41 a 50 198	De 41 a 50 115
	De 51 a 65 195	De 51 a 65 85
	> 65 años 46	> 65 años 15
TOTAL	29.583	24.863

Tabla 3. Elaboración propia a partir de los datos obtenidos por Estudio sobre la ciber-criminalidad en España del Ministerio del Interior, 2017.

4. La victimización secundaria a través de las tecnologías en delitos de carácter sexual

4.1. Contextualización del concepto de victimización secundaria

Para abordar este tema, y siendo que este trabajo de investigación pretende ser la antesala de un futuro proyecto investigador en el que se podrá profundizar sobre el concepto sobre el que gira este TFM –la victimización secundaria de las víctimas de delitos sexuales a través de las nuevas tecnologías– se hará una serie de menciones, ya no dentro del marco del proceso penal, sobre el que girará más adelante todo el contenido del trabajo, sino sobre psicología jurídica e informática.

Los procesos de victimización dentro de los cuales se trata la victimización secundaria parecen provenir de un momento en el que la víctima quedó olvidada, pues, entre otras cosas, se neutralizaron las posibles causas del delito, siendo la victimología la que determinó la correspondencia entre el agresor y su víctima. Durante esta fase se entendía que era la víctima la que presentaba una cierta "predisposición" para "provocar" el delito, llegando incluso a criminalizarla, lo que condujo a atenuar la responsabilidad de su agresor[18].

En terreno del derecho internacional, la víctima hasta comienzo de los años 90 no tenía lugar en el proceso; es decir, a las víctimas no se las hacía sentir visibles en los Tribunales, como así pasó con las víctimas de los juicios de Núremberg, tras la Segunda Guerra Mundial (en adelante, IIGM). Tan sólo después de la creación de la Corte Penal Internacional a la víctima se le intenta ofrecer un espacio dentro del proceso penal como actor activo, aunque sea tímidamente[19].

Varios autores coinciden en su definición de victimización secundaria como aquellas consecuencias jurídicas y de otras índoles como psicológicas o económicas, negativas que tienen las víctimas en su relación con el sistema penal, lo cual provoca una frustración de la propia víctima en relación a sus legítimas expectativas y la realidad institucional con la que se encuentra, dejándolas en una situación de desamparo al generar en ellas una sensación de inseguridad y vulnerabilidad respecto de la sociedad[20].

Ahora bien, en mi opinión, habida cuenta que en la actualidad ya no sólo se produce una victimización secundaria por los efectos del proceso judicial penal sino también en el espectro de las nuevas tecnologías, a esta definición de victimización secundaria habría que rebautizarla, o quizás cabría añadirle un nuevo grado dentro de esta victimización por la sobreexposición de las víctimas de delitos sexuales en los medios

[18] SORIA VERDE, M.A., *Manual de Psicología Jurídica e Intervención Criminal.* Pirámide, 2005, pp. 12-14. I.S.B.N.: 978-84-368-2008-9.

[19] HOYOS VÁSQUEZ, G. Et al., *Las Víctimas Frente a la Búsqueda de la Verdad y la Reparación en Colombia*. Pontifica Universidad Javeriana, 2007, pp. 33-34. ISBN: 978-958-716-012-3.

[20] KREUTER, E.A., *Victim Vulnerability: An Existential-Humanistic Interpretation of a Single Case Study.* Ed. Nova Science, 2006, pp. 16-17. ISBN: 1-60021-282-4.

de comunicación, en la red de internet, y circulando por miles de aparatos tecnológicos que cualquier ciudadano puede tener a su disposición.

Por lo tanto, y habida cuenta de que el término de victimización terciaria ya fue acuñado por GARCÍA PABLOS[21] para definir "la victimización que se sufre el penado como víctima del sistema penal, y aquellas terceras personas que están vinculados con él y deben por tanto soportarla"; debemos acogernos a redefinir el concepto de victimización secundaria desde una doble perspectiva: un primer grado que sería aquel en el que se padecen las repercusiones negativas del sistema judicial, y un segundo grado en el que se es víctima por parte del mal uso y el abuso de las nuevas tecnologías; y que por ende hace que estas personas padezcan por tercera vez el agravio de ser víctimas de un delito sexual; es decir, asistimos ante una "tercera re-victimzación".

Además, algunas de las víctimas de delitos sexuales, mediante las tecnologías sufren un menoscabo mayor en sus derechos fundamentales cuando el tratamiento que de ellas ofrecen los medios de comunicación en las noticias no es el adecuado, siendo aún peor en el caso de víctimas menores de edad. Todo lo cual conlleva el peligro de empeorar la situación de la víctima, principalmente porque la libertad de información cuando se ejerce sin límites supone un atentado contra su honor y dignidad, complicando, aún más, su reinserción, rutinas y cotidianeidades, es decir, generándola una segunda victimización[22], que en mi opinión pasaría a ser la tercera.

Lo que comúnmente se conoce como victimización secundaria se produce cuando se da un incremento innecesario de los perjuicios de la víctima del delito, fruto de su interacción con el sistema de justicia penal; lo que a su vez conlleva, como se ha señalado anteriormente, daños psicológicos o de otra índole, siempre en perjuicio de sus derechos fundamentales.

En este sentido, puede afirmarse que la victimización secundaria es igual o aun provoca un mayor daño que la primaria (la que viene a colación del propio delito), pues es el propio sistema el que provoca la victimización de las personas, que precisamente son las que han acudido a la Administración Pública pidiendo que se las ayude y se les proporcione justicia eficaz y eficiente[23].

De tal manera, la victimización secundaria nace, ya no de su interacción con las FFyCCSE o Jueces y Tribunales, sino además, gracias al tratamiento que los medios de comunicación y la red ofrecen sobre ciertos delitos de violencia sexual. Es usual que en esta clase de tipos delictivos falte objetividad, tacto y mesura por parte de los profesionales que

[21] GARCÍA PABLOS, A., "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)", en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 306 y 310.

[22] DELGADO MARTÍN, J., "La victimización reiterada de personas vulnerables: tratamiento del riesgo en el proceso penal", en *Estudios de derecho judicial*, nº 121, 2007, pp. 17-21. ISSN 1137-3520.

[23] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 428 a 431.

están detrás de los medios y por los particulares que están detrás del infinito mundo de la red de internet, ya que incluso llegan a desdibujar el papel que la víctima juega en el propio delito, haciendo una semejanza de la misma como la causante de su propio perjuicio[24].

Por ello, una de las pretensiones de este TFM será demostrar que recurrir a la ponderación de derechos y a la distinción de cuáles de ellos son principales respecto de otros podría ser una de las soluciones al conflicto, incluso sin llegar a realizar el tan mencionado *balancing test* de derechos[25] ("*Balancing competing rights*").

En mi opinión, lo que ocurre en el momento actual es que, en no pocas ocasiones, se invaden los derechos de la víctima al amparo siempre del venerado derecho fundamental a la libertad de expresión e información, sin límites. Pero en estos casos, lo que pasa es que no se está ejerciendo un derecho sino otra cosa; y sólo cuando los agresores secundarios no tienen un derecho fundamental que alegar se está en posición de hacer una ponderación objetiva de derechos.

La certeza de que los datos que se tienen sobre el procedimiento penal puedan provocar daños en la víctima del delito (aunque también, en algunos casos, sobre el agresor), conlleva a que la tutela judicial efectiva y su protección esté adquiriendo importancia en torno a los derechos humanos que se plasman en los textos internacionales[26] así como en las políticas de diferentes Estados. Por ejemplo, en el caso de España, los derechos de la víctima se han regulado en normas disgregadas[27] que, a su vez, se han fijado principalmente en las víctimas de delitos violentos, como asesinato u homicidio, lo que provoca que la aplicación de dicha normativa no haya resultado eficiente.

En un intento de mitigar las deficiencias el Gobierno español promovió la confección del tan requerido Estatuto de derechos de las víctimas, traducido en la Ley

---

[24] SORIANO, J., "Las mujeres ante la información sobre violencia de género", en *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, nº 4, Esfera Pública, 2004, pp. 166 a 169. ISSN 1180-9210.

[25] Entre otras, STEDH caso de Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia oy c. Finlandia, nº 931/13, 27 de junio de 2017. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["balancing%20test"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-175121"]} (Fecha de consulta: 28/02/2018)

STEDH caso de Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido nº 26766/05 y 22228/06, de 15 de diciembre de 2011. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["balancing%20test"],"documentcollectionid2": ["GRAND CHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-108072"]} (Fecha de consulta: 28/02/2018)

STEDH caso de Fernández Martínez c. España, nº 56030/07, de 12 de junio de 2014. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["balancing%20test"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"],"itemid":["001-145068"]} (Fecha de consulta: 28/02/2018)

[26] Por ejemplo: la Resolución A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, de la Asamblea General de la ONU. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx (Fecha de consulta: 01/03/2018).

La Decisión marco del Consejo, 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Diario Oficial n° L/082 de 22/03/2001 pp. 1 a 4. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001F0220 (Fecha de consulta: 01/03/2018).

[27] ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal…*, Op. Cit., pp. 127 a 128.

4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD), en cuyo Preámbulo ofrece una definición de cuál es su propósito: la pretensión no sólo es brindar una reparación al daño producido en la víctima del delito, "sino también (servir de) minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal". Además, insiste en los subsiguientes artículos en evitar la victimización secundaria, así como conseguir velar por sus derechos fundamentales, tales como la vida privada y familiar, la intimidad y su dignidad, independientemente del estatus procesal que tenga.

Aunque, si bien es cierto que en el texto de la citada Ley no se encuentra ninguna mención a los delitos cometidos por medio de las nuevas tecnologías ni de los medios de comunicación, en su Disposición Final 1ª señala una alteración en los arts. 680 a 682 LECrim, determinando con mayor detenimiento la opción de que sea el Juez el que prohíba expresamente la publicación de datos, imágenes o informaciones sobre la víctima o sus familiares o cualquier persona parte en el procedimiento penal, para conseguir auxiliar el derecho a su intimidad y la evitación de futuros perjuicios que puedan derivar del proceso.

No obstante, ¿qué ocurre cuando el agresor lo es por la publicación, coacción y chantaje de la víctima mediante la revelación y manejo de datos íntimos y personales? Aun con el incremento actual de la legislación sobre esta materia, "ya en el propio Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966[28] se atendía a la necesidad de amparar los derechos e intereses de las víctimas de delitos, entre ellos, la protección de los mismos durante el proceso y frente a los medios de comunicación"[29].

4.2. Victimología: delitos informáticos y el Estatuto de la Víctima

La victimología como disciplina surgió unida a la criminología después de la IIGM con el propósito de centrar su estudio científico en las víctimas de los hechos delictivos. Ello como reacción a que tanto el derecho material como la criminología y también la psicología forense se centraban sólo en el papel del imputado o victimario, prestando escasísima atención a la víctima, que es realmente la parte agraviada.

En España, tras la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, Estatuto de la Víctima del Delito, puede afirmarse que se pretende directamente reforzar los derechos y garantías procesales y extra procesales de las víctimas. "Víctima" es aquella persona que sufre un agravio físico, moral o de índole económica a consecuencia del hecho delictivo.

[28] Art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. También, mismo texto en el art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[29] SIERRA CRISTÓBAL, R., "Los derechos de la víctima en el proceso vs. medios de comunicación. un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015, p. 202. ISSN: 0211-5743.

Entre otras, de las medidas incorporadas como novedad se halla, por ejemplo, tener la posibilidad, como víctima, de recurrir la libertad condicional del victimario, aunque no estuviese personada en el proceso penal (siempre que la pena del tipo delictual fuese mayor de 5 años de prisión); por otra parte, comunicar a la víctima cómo tener acceso al asesoramiento legal y a información sobre todo el procedimiento penal. De tal manera que con ello lo que se pretende es ofrecer una respuesta jurídica, y más aún, de índole social, mediante un tratamiento individual, con independencia del menoscabo sufrido.

Esta novedad, en mi opinión, es especialmente importante pues, aunque se escape bastante del tema central de este TFM, afecta a muchas de las víctimas del terrorismo de ETA, ya que a éstas no se les informó ni tuvieron noticia alguna acerca del proceso penal contra su victimario, y no fue sino años más tarde cuando conocieron la pena impuesta a aquel.

Por lo tanto, el EVD surge con el fin de servir de catálogo general de los derechos y garantías procesales y extraprocesales de las víctimas, cualquiera que fuese el delito, con la novedad de que podrán disfrutar o ampararse en ellos, tanto si son una parte personada en el proceso penal, como si no lo son. Todo lo cual, sin perjuicio del ámbito especial que establezca la normativa especializada para las víctimas más vulnerables como son los menores, las mujeres víctimas de violencia de género, o las personas que sufren ataques terroristas.

El Estatuto tiene como pretensión principal ofrecer a la víctima directa y también a la indirecta (familiares) la mayor facilidad posible para emprender el ejercicio de los derechos y garantías, ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva. Lo cual podrá conseguirse si se reducen al máximo los trámites innecesarios que le provocan a la persona agraviada una victimización secundaria, garantizando, al menos, que tengan a su alcance la información y los medios necesarios para ejercer su acusación, o simplemente conocer el proceso penal en el que se trate sobre la persona que le infringió el agravio. Para ello, es imprescindible que exista una estrecha colaboración entre la propia Administración Pública, el Poder Judicial y los organismos o asociaciones profesionales o de las víctimas que las arropen y las atiendan bajo los protocolos de actuación.

4.2.1. Clases de víctimas[30]

a) Las víctimas fungibles: son aquellas personas que no participan directamente en el hecho delictivo, es decir, las completamente inocentes o ideales. Su participación en los hechos no es el desencadenante de los actos criminales; de tal modo, podría decirse

[30] ARAOS DÍAZ, C., "Victimología, tipos de víctimas y delincuencia", en *Psicología Jurídica Forense y Ciencias del Comportamiento Aplicadas,* 2012. Disponible en: https://cristianaraos.com/2011/02/13/victimologia-tipos-de-victimas-y-psicologia-forense-por-cristian-araos-diaz/ (Fecha de consulta: 19/04/2018)

AGUDO FERNÁNDEZ, E., PERRINO PÉREZ, Á. L., y JAÉN VALLEJO, M., *La víctima en la Justicia Penal: el Estatuto jurídico de la víctima del delito,* Madrid: Dykinson, 2016, pp. 77-100. ISBN: 978-84-9085-740-3.

que la relación entre el victimario y la víctima es irrelevante. Puede distinguirse dentro de esta clasificación entre:

i. Las víctimas incidentales, que son aquellas que se sustituyen al azar en el recorrido delincuencial del victimario, por ejemplo, para que se entienda mejor esta descripción, víctima incidental sería aquel cliente que se encuentra en la sucursal bancaria, justo cuando va a consumarse un atraco bajo el empleo de armas. Otro ejemplo, podría ser aquella víctima que sufre el atropello por la conducción imprudente de un conductor ebrio.
ii. Las víctimas indiscriminadas, son aquellas que forman parte de un sector de mayor amplitud que las incidentales al no tener en ningún caso vínculo posible con el victimario. Un ejemplo de esta tipología serían las víctimas que sufren los atentados terroristas, en los que en la mayor parte de las ocasiones, no existen motivos personales en contra de las víctimas. Los terroristas suelen denominarlas "daños colaterales".

b) Las víctimas infungibles: son aquellas personas que sí tienen cierta intervención, o tienen algún rol en el origen de la comisión del hecho delictivo, ya sea una participación voluntaria o no, entendida desde la perspectiva criminológica. De este modo puede suceder algún hecho por la imprevisión de la víctima, por ejemplo, cuando se deja en un vehículo objetos muy valiosos a la vista, o no cierra correctamente las vías por las que acceder a su vivienda.

En otras ocasiones, la participación de la víctima es mayor o más decisiva para la comisión del delito, de tal manera que es realmente la que provoca la comisión del hecho delictivo, que surge a raíz de una represalia o acto vengativo contra su acción. En el mismo sentido, a veces, se emplea el uso de la víctima "alternativa", aludiendo a las personas que se sitúan de manera voluntaria en posición de serlo, siempre dependiendo del azar de su condición como víctima o de victimario (por ejemplo, en una pelea).

Por último, y como ejemplo de víctima que mayor contribución hace a la perpetración del hecho delictivo, estarían las víctimas "voluntarias", que provocan deliberadamente el delito, o lo llegan a pactar libremente con una tercera persona (no hablaremos aquí de victimario); como por ejemplo la eutanasia (ilegal aun en España, no así en países como Canadá, Holanda, Colombia, Bélgica, o Luxemburgo), el suicidio u homicidio.

c) Víctimas familiares: se trata de aquellas personas que conforman el núcleo familiar del victimario y por ello se hallan en una situación de especial vulnerabilidad, derivada de la relación de convivencia con el mismo (lo que por otra parte, aunque se escape del análisis de este TFM, sea una de las explicaciones de la cifra negra de los hechos delictuales cometidos en este ámbito). Como ejemplo de esta clase de víctimas, estarían los delitos de violencia de género o la agresión sexual en el hogar que tienen como sujetos pasivos del delito a los más vulnerables de la casa: la mujer y los niños/as.

d) Víctimas colectivas: o dicho de otro modo, cuando la víctima es una persona jurídica, es decir, se estaría ante hechos delictivos que afectan o ponen en peligro ciertos bienes, cuya titularidad corresponde a la persona jurídica, o al Estado, y no a la persona física. A modo de ejemplo, estarían dentro de este ámbito los delitos financieros de diferente índole o los delitos informáticos, y así, toda una serie de delitos que suelen estar coloquialmente recogidos bajo la denominación de "delitos de cuello blanco"; cuya característica principal es que se despersonaliza a la víctima, y tiene mayor presencia el anonimato en lo que tiene que ver con la relación entre víctima y victimario.

e) Víctimas especialmente vulnerables: se trata de aquellas personas que por diversas causas están en una posición de predisposición victimógena concreta. Entre esas causas se hallan:

i. La edad, pues por ejemplo los menores y los ancianos es más complicado que ofrezcan una gran resistencia.
ii. El estado físico o psicológico de la víctima, pues en base a una cierta enfermedad o minusvalía se podría padecer mayor debilidad frente a un hecho delictivo.
iii. El factor del sexo, pues normalmente la mujer es la víctima de determinados delitos que se producen en ámbitos concretos y cerrados como es en el seno del hogar o el laboral. Aunque dentro de este espacio, no debe olvidarse tratar el tema de la homosexualidad, pues está en la base de algunas de las coacciones, amenazas o agresiones incluso físicas.
iv. El origen genético de los rasgos físicos, o lo que comúnmente se denomina "etnia o raza", que lleva a ciertas personas con prejuicios a iniciar los hechos delictivos contra algunas minorías.
v. Otros factores: pueden ser sociales, provocando más tasas de victimización en unas personas que otras, como por ejemplo el estatus socio-económico, el lugar donde se halle el domicilio, o el trato que se mantenga con ciertos grupos marginales, entre otras. Por otro lado, estaría el riesgo que derivado de los anteriores factores puede causar en la víctima, desde el ejercicio de la prostitución, hasta el empleo de policía, por el riesgo intrínseco que poseen.

f) Las víctimas simbólicas, siendo que hay ocasiones en las que se padecen acciones dirigidas a menoscabar un concreto sistema, como por ejemplo: la familia, un partido político, ideología, o dentro de una secta, a los cuales pertenece la víctima. En este caso como ejemplos se pondrán dos casos reales de sobra conocidos, el asesinato de M. Luther King o el de J. F. Kennedy.

g) Las víctimas falsas: serían aquellas personas que denuncian la existencia de un delito que nunca tuvo lugar, dándose en este caso una doble posibilidad:

i. Las víctimas que emplean la simulación, es decir, que actúan de manera consciente, haciendo que el aparato de la Administración de Justicia comience a funcionar derivando en un proceso penal con el propósito de lograr en su seno un error judicial.
ii. Las víctimas imaginarias, que son aquellas personas que realmente creen, aunque de manera errónea, que han sido víctimas de un hecho delictivo (por ejemplo, por problemas psicológicos o de inmadurez).

4.2.2. Las víctimas y los delitos informáticos

Dentro del análisis de los delitos sexuales debe conocerse qué se entiende por delito informático para después encauzarlo dentro de una de las múltiples variantes posibles. El delito informático se entenderá, a estos efectos, como la acción (u omisión) culpable llevada a cabo por una persona que a su vez provoque un menoscabo a otras, sin que sea necesario que con ello haya obtenido un resarcimiento o beneficio, o que a *sensu contrario*, le ocasione al autor un beneficio ilícito que no perjudique de manera directa (o indirecta) a la víctima del delito. Para ello se vale de la informática y debe estar tipificado en la legislación actual. Es decir, que se hará referencia únicamente a los delitos mencionados anteriormente insertos en nuestro actual CP.

Ahora bien, los delitos informáticos pueden ser el medio o el objeto, y esta diferenciación es importante de cara al análisis pues este TFM se centrará en aquellas actividades informáticas que son el medio para cometer el delito, y no así las que usan la informática como el objeto del delito (como por ejemplo ocurre con los delitos contra el *Hardware*, el *Software*, o la información almacenada, es decir, entre otros, los conocidos como *Hacking* –cuando se accede sin autorización a un sistema o información–; el *Cracking* –que son las violaciones de las medidas de seguridad–; o el *Phreaking* –cuando se accede sin autorización mediante el empleo de *bluetooth*–).

La multiplicidad de conceptos empleados hasta ahora responde de manera directamente proporcional a la infinidad de cuestiones que para un usuario medio constituye internet, una red de redes de miles de millones de ordenadores, por lo que, aunque harían falta más conocimientos técnicos sobre informática, a groso modo, cada dato que se envía de un ordenador a otro vía internet puede atravesar una media de diez ordenadores hasta llegar a su destino. Ello conlleva que toda la información que se envía o se recibe será susceptible de ser cogida, o al menos vista, por otras personas, empezando por los trabajadores de ISP; por ello, deberían encriptarse los datos de carácter sensible que se envían, para que por ejemplo, personas que estén bajo un mismo *router* (como un restaurante con *free – wifi*) no puedan coger o manipular la información.

Estas apreciaciones de carácter informático vienen al hilo de poder señalar que no siempre los delitos sexuales por la vía de las nuevas tecnologías se producen a causa de la

mala praxis de los usuarios, sino que en ocasiones existen terceras personas, que valiéndose de sus conocimientos informáticos, pueden provocar un menoscabo en la intimidad de un adulto, adolescente o menor de edad simplemente gracias al acceso a sus datos, y/o a la suplantación de identidad, lo que puede acarrear consecuencias deleznables. Un ejemplo de ello ocurrió en 2009 en Argentina[31] cuando un hombre de 23 años contactó, bajo una identidad falsa, con una chica de tan sólo 12, con la que fue adquiriendo confianza vía internet; seduciéndola le animó a que se vieran personalmente; quedaron a la salida del colegio, y cuál fue su sorpresa cuando vio que su "nuevo amigo" tenía 10 años más que ella; aun así, embaucada, caminaron por la ciudad de Mataderos hasta que volvió a sorprenderla, desgraciadamente, llevándola a una zona de poco tránsito donde la violó y se marchó. La menor llena de angustia y vergüenza volvió a su casa tratando de disimular lo ocurrido. Unos días después, se rompió ante su madre y juntas hicieron la denuncia gracias a la cual se lo detuvo en un locutorio de la ciudad.

En España por ejemplo, el TS en el año 2014 (STS 551/2014, de 10 de junio[32]) confirmó la sentencia condenatoria de 29 años de prisión para un ciber-acosador de menores por posesión de pornografía infantil, descubrimiento y difusión de la misma, y revelación de secretos. El condenado era un hombre de 60 años, ingeniero y con conocimientos informáticos, que empleaba canales en uso por menores, ocultando así su edad, manteniendo un lenguaje propio de los adolescentes, bajo una identidad falsa, contactaba en diferentes fechas con dos niñas de 12 años de edad a quienes les increpó para que le enviasen grabaciones desnudas en "pose sexual".

Siguió manteniendo el contacto con las niñas de la edad de 13 años, que él conocía que tenían, tuvo relaciones sexuales físicamente con las mismas en diferentes hoteles; siendo su *modus operandi* esperarlas, por separado, en la habitación con las luces apagadas para que no fuesen conscientes de su edad y su cuerpo, pese a lo cual, evidentemente, las niñas se dieron cuenta del engaño. Así, una de las dos quiso acabar con dicha relación y frente a la amenaza de que se le descubriera, el condenado reenvió a los amigos y familiares las grabaciones que poseía, en las que la menor aparecía manteniendo relaciones sexual con él, omitiendo las escenas donde a él se le veía el rostro.

La STS 551/2014, de 10 de junio mantiene que la condena se basaba en un bagaje probatorio extenso, en el que no ocupaba un papel secundario la propia aceptación de gran parte de los hechos delictivos por el imputado, pese a tratar de eludir su responsabilidad intentando poner en tela de juicio la existencia del engaño a las menores.

[31] RUIZ, I., "La pedofilia en Internet crece al amparo del anonimato", en *Periódico La Nación*. Apartado de información general, 2009. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/1159449-la-pedofilia-en-internet-crece-al-amparo-del-anonimato (Fecha de consulta: 23/02/2018).

[32] STS. Sala segunda de lo Penal, Sección 1º 551/2014, de 10 de junio. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7192092&links=29%20años.%202014.%20menores.%20descubrimiento%20y%20difusión%20de%20la%20misma-%2C%20y%20revelación%20de%20secretos&optimize=20141017&publicinterface=true (Fecha de consulta: 14/03/2018).

4.3. Medios de victimización: web, redes sociales y medios tecnológicos

Los medios para la comisión de los delitos sexuales a través de las nuevas tecnologías son de muy diversa índole debido, principalmente, al gran avance de este sector. Algunas de las herramientas más empleadas en la comisión de estos delitos son: Internet, telefonía (sistemas de mensajería instantánea: audio, imagen, video o escritura), intranet, páginas de *streaming* (aquellas que facilitan la descarga de información en cualquier lugar del mundo), redes de archivos compartidos P2P, páginas de descargas directas, páginas de enlaces, blogs, correos electrónicos, o redes sociales.

Estos son delitos muy complicados de demostrar puesto que, en muchas ocasiones, es dificultosa la tarea de hallar los vestigios y las pruebas. Además, estamos ante hechos delictivos que pueden realizarse de manera ágil y sencilla, de tal manera que a veces son capaces de cometerse en apenas unos segundos, empleando tan solo un equipo informático, sin hallarse si quiera presente físicamente en el lugar de comisión del delito. Sin olvidar, que esta clase delitos informáticos son tendentes a proliferarse y evolucionar, lo que dificulta en mayor medida la identificación de los delincuentes y su persecución y/o captura[33].

En el fondo, la inclusión de todas estas nuevas tecnologías en la sociedad supone no sólo un cambio de mentalidad, sino un cambio de paradigma comunicacional y de concepción de la sociedad; caracterizándose todos estos nuevos modos de comunicación derivados de las nuevas tecnologías por la descentralización, deslocalización y la desincronización de unas personas y acciones con otras[34]. "La investigación sobre esta problemática debe permitirnos también averiguar si el mundo en línea funciona como una réplica del mundo sin conexión, o si tiene sus propias leyes y, en consecuencia, se hace necesario inventar soluciones nuevas. Por ello es necesario conocer si hay algunas singularidades por lo que respecta a los factores de riesgo, las oportunidades o la motivación para acosar o cometer ciberdelitos"[35].

4.4. Tipos y formas de victimización: problemas mentales, falta de madurez

4.4.1. Trastorno mental

Si bien es cierto que gran parte de la victimizaciones tienen su seno en la infancia, no obstante, el trastorno mental ha sido analizado como una repercusión de haber su-

[33] Recovery Labs, "*Delitos Informáticos*". Departamento de Peritaje Informático, 2015. Disponible en: http://www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/definicion.html (Fecha de consulta: 15/03/2018)

[34] FERNÁNDEZ BELTRÁN, F. "Nuevos medios para la comunicación interna". Tesis Doctoral, 2006 p. 210. Disponible en: http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10464/08_nuevosmedios.pdf (Fecha de consulta: 15/03/2018)

[35] TAMARIT SUMALLA, J. M., "Ciberdelincuencia y cibervictimización", en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política,* nº 22, 2015, pp. 30-31. ISSN 1699-8154.

frido una victimización en la niñez y no como un factor de riesgo. El hecho de haber padecido un abuso sexual en la infancia está muy asociado a la victimización que sufren las personas al llegar a la edad adulta lo que supone que en personas especialmente vulnerables, la victimización se puede repetir a lo largo de su vida[36].

Las conductas que se corresponden con ciertos cuadros clínicos, como por ejemplo, el ser una persona impulsiva cuando se padece hiperactividad (trastorno por déficit de atención), o el estrés postraumático unido a la apatía depresiva en un menor le hacen ser mucho más susceptible de pasar a ser víctima. Ello, porque los menores con trastorno mental tienen mayor cifra porcentual de victimización, unido al mismo tiempo, al riesgo de padecer en el futuro la poli-victimización. Por ello es muy importante detectar estos síntomas cuanto antes para evitar las repercusiones en el futuro y los posibles diagnósticos psiquiátricos negativos[37].

Esta explicación del menor como víctima viene al hilo de señalar que lo que ocurre es que se lleva a cabo una relación en espiral entre la fase de victimización y la producción de las conductas violentas, como así se da por ejemplo entre los adolescentes. Concretamente, la victimización está ligada con el hecho de tener un comportamiento violento, y a su vez, el hecho de estar implicado en conductas violentas es un buen predictor de padecer futuras victimizaciones[38].

4.4.2. El suicidio

Se tratará este tema con la mayor delicadeza, pues aunque es un síntoma o uno de los resultados provenientes de ciertos trastornos mentales, no es menos cierto que el suicidio es algo extendido entre toda la población, aunque los pacientes del ámbito de la psiquiatría presenten mayores riesgos de emprenderlo. Concretamente, entre el 15% y el 20% de los sujetos con depresión podrían intentar quitarse la vida, más cuando ya han padecido previamente intentos o tienen comorbilidad con algún tipo de adicción (dos o más trastornos o enfermedades que concurren en la misma persona)[39]. Respecto

[36] PEREDA BELTRÁN, N., "Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil", en *Revista Papeles del Psicólogo*, Volumen 31, nº 2, 2010, pp. 196-200. ISSN 0214-7823.

[37] CUEVAS, C. A; FINKELHOR, D; ORMROD, R. y TURNER, H., "Psychiatric Diagnosis as a Risk Marker for Victimization in a National Sample of Children", en *Journal of Interpersonal Violence*, volumen 24, nº 4, 2009, pp. 640-651.

[38] Ibídem, p. 650.

[39] HOLMA, K. M; MELARTIN, T. K; HAUKKA, J; HOLMA, I. A. K; SOKERO, T. P; ISOMETSA, E. T., "Incidence and predictors of suicide attempts in DSM-IV major depressive disorder: a five year prospective study", en *American Journal of Psychiatry,* nº 167, 2010, pp. 801-808. Documento obtenido a través de la página web de la Universidad de Cambridge. En la revista *Psychological Medicine,* nº 43, 2012. Disponible en: https://www.cambridge.org/core/journals/psychological-medicine/article/prospective-study-of-risk-factors-for-suicidal-behavior-in-individuals-with-anxiety-disorders/C41A01090C7221E4A6F3364AD3042953 (Fecha de consulta 14/04/2018)

a nuestro espectro de estudio hemos de señalar que la idealización del suicido es bastante frecuente en mujeres con algún tipo de trastorno psicológico que han padecido la violencia de género en su seno[40].

4.4.3. Los trastornos mentales tras sufrir violencia sexual

La violencia sexual es una de las maneras más ordinarias de victimización entre los sujetos que padecen algún tipo de trastorno mental, aunque siempre es claramente padecido en su mayoría por las mujeres, y en concreto, por aquellas que puedan venir arrastrando trastornos psicológicos desde la infancia y exclusión social, pero también por aquellas que padecen alguna discapacidad psíquica. En este punto confluye la violencia de género con las agresiones sexuales que se dan frecuentemente en este perfil de sujeto[41].

Las tasas para esta clase violencia se sitúa, dentro del marco de aquellas víctimas que sufren algún tipo de trastorno psicológico entre el 30% en mujeres, y tan solo el 5% a 2% en hombres[42].

La victimización sexual, en concreto en las mujeres adultas, es usual además en aquellas con déficits en el desarrollo de su personalidad, como por ejemplo, ante la falta de asertividad, la dependencia emocional de una tercera persona, o incluso su deseo por ser el foco de atención[43].

Los datos hallados en el análisis varían según el sexo, la edad (adulto, adolescente o niño) y la clase de victimización. Pero si prestamos atención a nuestro espectro de estudio, en términos generales puede afirmarse que las mujeres con algún tipo de trastorno mental son las más propensas a ser víctimas de abusos sexuales (en torno al 20% – 30 %), mientras que los hombres lo son a las agresiones físicas (34%). Las mujeres tienen una probabilidad mucho mayor a la de la población general de sufrir los hechos delictivos por parte de su núcleo más cercano (familia, amigos), siendo que los delitos más traumáticos son aquellos que han sido cometidos mediante alguna clase de abuso o agresión sexual[44].

---

[40] FRIEDMAN, S. H. Y LOUE, S., "Incidence and prevalence of intimate partner violence by and against women with severe mental illness", en *Journal of Women's Health*, nº 16, 2007, pp. 472-479.

[41] Ibídem, p. 476.

[42] Ibídem, p. 479.

[43] LOINAZ, I; ECHEBURÚA, E; IRURETA, M., "Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta", en *Revista de Psicología Conductual*, Volumen 19, nº 2, 2011, pp. 426-431.

[44] Ibídem, p. 430.

4.4.4. Las secuelas emocionales de las víctimas de violencia sexual

A. En víctimas menores

Cuando la víctima es menor de edad, en especial, en las primeras fases de la vida de un niño (entre 0 y 6 u 8 años), éstos pueden no ser realmente conscientes de las repercusiones de haber sufrido delitos sexuales, lo que podría explicar la compatibilidad de los hechos delictivos con el cariño que el menor entiende que le profesa el adulto. De tal manera, hay menores que son capaces de verbalizar sus vivencias de las cuales se extrae el abuso sexual por el adulto: "mi papá hace un pipí blanco", "yo no me enteraba porque estaba dormido", o "me dice que no se lo diga a nadie"[45], entre otras.

B. En víctimas adolescentes

Dentro del espectro de las víctimas que sufren alguno de los delitos sexuales tipificados en el CP, alrededor del 80% de ellas, sobre todo cuando son adolescentes, padecen consecuencias psicológicas negativas. Su alcance dependerá de múltiples factores, como por ejemplo el nivel de culpabilidad que sufra en el seno de su hogar por sus progenitores o las herramientas de que disponga para hacer frente al trauma. En términos generales, las chicas suelen presentar cuadros de ansiedad y depresión; mientras que los chicos padecen fracaso en la escuela y dificultades de socialización, lo que en el peor de los casos les provoca un comportamiento agresivo en sus relaciones sexuales[46].

Si se tiene en cuenta la edad, los menores en edad de preescolar cuentan con una verbalización limitada para expresar lo que les ha ocurrido además de no tener recursos psicológicos que les ayuden a comprender, de tal modo que es común que lleguen a negar el delito. Una vez en la etapa de los menores en edad escolar, es frecuente que se culpabilicen de lo ocurrido y sientan vergüenza de ello. Sin embargo, en la fase de la adolescencia, los delitos sexuales tienen una especial incidencia y gravedad psicológica para ellos, puesto que si, por ejemplo, un familiar intentase realizar el coito, existiría un grave riesgo de que la menor quedase embrazada, aparte de que a esa edad la menor adolescente ya es consciente de la incestuosidad del acto[47]. De tal manera, que en las víctimas adolescentes no es extraño que se produzcan por su parte actuaciones tenden-

[45] ECHEBURRÚA, E., Y CORRAL, P., "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", en *Cuadernos de Medicina Forense*, nº44, 2006, pp. 75-82, versión On-line ISSN 1988-61. Disponible en: http://www.cuadernosdemedicinaforense.es/revistasanteriores/cmf043-044/revista43-44art06.htm (Fecha de consulta: 18/04/2018)

[46] GUERRA, C. y CHAMARRITA, F., "Sintomatología en víctimas de abuso sexual: ¿son importantes las características "objetivas" del abuso?" en *Revista de psicología*, nº 24, 2015, pp. 6-19. ISSN 0716-8039.

[47] ECHEBURRÚA, E., y CORRAL, P. "Secuelas emocionales...", op. cit., pp. 77-78.

tes a la huida del hogar familiar, al consumo abusivo de sustancias estupefacientes, la promiscuidad en la realización de actos sexuales, o en último término, el suicidio.

C. En víctimas adultas

En las secuelas por parte de los adultos hay que señalar que las que se padecen a largo plazo son más difusas que las explicaciones de las secuelas iniciales por la cantidad de cuestiones que pueden alterar el resultado. No obstante, afectan en torno al 30% de las víctimas.

Las afecciones más comunes son: las alteraciones y la disfuncionalidad en las relaciones sexuales, la depresión, o el trastorno mental por el estrés post-traumático en la víctima; pudiendo llegar a no tener un control adecuado de la rabia. Esto vuelve a depender del sexo, pues en las mujeres es más común que ésta se exprese en actos autodestructivos, mientras que en los hombres suele exteriorizarse en forma de violencia física o verbal[48].

No obstante, en ciertos casos, dependiendo de la entidad del delito y de la toma de conciencia que el adulto haga de la situación, las secuelas psicológicas a largo plazo pueden ser minúsculas (siempre que no estemos hablando de delitos sexuales tan graves como una violación con violencia muy agresiva); pues si la víctima no tiene otro tipo de adversidades a las que combatir como maltratos físicos, o abandono por parte de su núcleo más cercano, la patología puede no ser grave.

Ahora bien, desde el ámbito de los traumas o trastornos mentales lo que normalmente desemboca en una grave evolución largo-placista es la existencia permanente de factores traumáticos en la propia víctima, como puede ser la frecuencia o duración de los hechos delictivos o la vinculación sentimental con el victimario; así como las consecuencias negativas que se derivan a su vez de la revelación de los delitos o de actos sexuales, como por ejemplo, poner en tela de juicio la versión de la víctima, el temor de ésta a represalias mayores o a la separación de la que considera su familia[49].

Respecto de estas dos últimas posibilidades de afrontar el delito, en concreto, de los delitos informáticos sexuales, se hará mención en el apartado subsiguiente –referente al estudio de casos concretos– a dos supuestos muy dispares pero con un parecido hecho como núcleo de la acción delictiva. Se podrá comprobar que ambas opciones pueden entrañar resultados muy diferentes, pero plausibles en la realidad. Hablamos del caso de Olvido Hormigos y de Tiziana Cantone.

[48] LÓPEZ SÁNCHEZ, F., "Abuso sexual en España, un problema desconocido". En CASADO FLORES, J; DÍAZ HUERTAS, J. A; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) *Niños Maltratados*. Díaz de Santos, 2012, pp. 162-169.

[49] Ibídem, p. 165.

4.5. Dificultades en la medición

Como conclusión a este apartado, corresponde señalar que una de las averiguaciones que he podido hacer en el trascurso de la elaboración del TFM, es que es muy complicado encontrar, porque apenas existe, bibliografía respecto de la victimización secundaria que sufren las personas adultas, o mayores de edad, víctimas de los delitos sexuales; por no hablar de la información inexistente respecto de la repercusión de aquellas que sufren el delito cuando el delito se produce tras la publicación y difusión de información personal en este ámbito informático.

Cuando se intenta buscar información respecto de los delitos cometidos en mayores de edad, la respuesta que se encuentra está limitada a la de los adolescentes, pese a su minoría de edad en algunos casos; por lo cual, uno de los hallazgos es la falta de análisis y documentación respecto de un problema social, una lacra que nos afecta a todas las personas, pues aunque sea especialmente delicada en los menores de edad, no es menos cierto que para una mujer adulta puede causarle secuelas de por vida, ya que además, al contrario que los menores de edad, deberá enfrentarse a la realidad judicial y repetir el proceso años después de denunciar en el juicio oral, por no hablar de las innumerables mofas, críticas o comentarios que hagan pública su identidad en las nuevas tecnologías.

Todo lo contrario ocurre para el caso de los menores de edad, especialmente en referencia a la edad más infantil (entre 0 y 10 años) cuya literatura es extensísima[50],

[50] GARCÍA-GUILABER, N., "Actividades cotidianas de los jóvenes en Internet y victimización por malware". En Monográfico "Ciberdelincuencia y cibervictimización". *Revista de Internet Derecho y Política*, nº22. Universitat Oberta de Catalunya, 2016, pp. 59-72. ISSN 1699-8154.

FERNÁNDEZ DOYAGUE, A., "La denominada violencia cibernética. Internet y las redes sociales". *Abogacía Española*, 2014. Disponible en: http://www.abogacia.es/2014/11/26/la-denominada-violencia-cibernetica-internet-y-las-redes-sociales/ (Fecha de consulta 31/01/2018)

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. ISBN: 978-84-9053-426-7.

MATA BARRANCO, N. J., "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017. ISSN 1695-0194.

TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., y FILELLA, G., "Secondary Victimization and Victim Assistance", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volumen 18, nº. 3., 2010, pp. 282-299. ISSN 0928-9569.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*. B de F. 2017. ISBN: 978-84-15276-67-8.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación", en *Revista de estudios penales y criminológicos*, Volumen 34, 2014, pp. 639-712. ISSN 1137-7550.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2015. ISBN13:9788490864456.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ ADILLÓN, M. J., "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18, 2016. ISSN-e 1695-0194.

pues existen diversos autores –algunos de ellos empleados para la elaboración de este trabajo– que han analizado en profundidad el tema de la victimización secundaria, sobre todo a raíz de los delitos de pornografía infantil y delitos sexuales cometidos por los propios familiares de los menores y adolescentes.

Por último, conviene señalar que el hecho de que no exista bibliografía al respecto no puede justificarse en la inexistencia de casos en los que las víctimas de delitos sexuales son personas adultas. Pues en búsqueda de estos datos, además de los señalados por los informes del Capítulo 1º, decidí investigar con la base de datos jurisprudenciales "V-lex Premium - España", que permite una búsqueda filtrada (a diferencia de la de la página web oficial del Consejo General de Poder Judicial), en la que se pueden incorporar palabras de búsqueda y a la vez cribar aquellas otras que no se quiere que aparezcan en la jurisprudencia de búsqueda. Estos fueron los resultados hallados:

i) Si en el buscador se incluyen las palabras: delito informático, delito sexual, y adulto. Filtramos por jurisprudencia (sentencias, no autos u otra clase de resoluciones judiciales) del ámbito penal exclusivamente, y señalamos que no incluyan las palabras: menor e infantil, los resultados son de 817 sentencias, de las cuales solamente 38 corresponden al TS.
ii) Mientras que si en el buscador incluimos, con los mismos criterios de búsqueda anteriores, las palabras que antes no podían aparecer, es decir, menor e infantil, los resultados ascienden a 3109, correspondiendo 246 de esos fallos al TS.

Lo cual concluye, que aunque existan menos, sí hay casos sobre personas adultas que sufren la clase de delitos objeto de esta investigación, si bien es cierto que su porcentaje no llega a equipararse con el de los menores, las sentencias llegan a los Tribunales de las altas instancias, así de las 817 sentencias, 530 lo son de las AAPP, 8 del TSJs, y 2 del TC; y ello debería tener su reflejo en un minucioso análisis sobre el cómo lo viven esas víctimas, qué necesidades son las que puedan tener, o cómo es su vida tras ser expuestas en las nuevas redes sociales, o internet como meros objetos a los que criticar desde diversos escaparates.

5. Las necesidades de la víctima ante el delito sexual

Tras investigar sobre las diferentes necesidades de las víctimas de delitos sexuales en bibliografía elaborada en diferentes países tales como España, Chile, Argentina o Perú, he de concluir con una serie de necesidades comunes a todos ellos, en los que por falta de espacio, se hará referencia a la víctima mujer, adulta, por delito sexual, sin hacer distinción entre las expuestas por mujeres con y sin denuncia previa a los delitos

perpetrados por sus victimarios. Se pasará a enumerar y describir brevemente cada una de estas necesidades comunes, diferenciadas por ámbitos de actuación y las deficiencias existentes en los servicios de atención a las víctimas.

5.1. Salud

5.1.1. Centros sanitarios como contexto para la detección temprana

Los centros de salud y múltiples servicios sanitarios de otra índole podrían llegar a tener un papel esencial en la ayuda a mujeres que se enfrentan a esta clase de violencia, puesto que la mayoría de ellas entran en contacto con estas prestaciones sociales en algún momento de su vida. No tiene por qué ser para la denuncia a su agresor, o expresamente por haber recibido en ese momento la violencia a manos de su agresor, sino por ejemplo por un embrazo, por el cuidado de sus hijas e hijos, o por la atención a personas ancianas o discapacitadas, entre otras.

A veces, es complicado saber por qué las mujeres no denuncian o identificar esas situaciones de violencia sexual por parte de los profesionales de la salud cuando de hecho no siempre se dan lesiones físicas. Sin embargo, precisamente por ello, debe haber una implicación muy activa por parte de todo el personal en la detección.

De este modo, un servicio público de salud que sepa detectar los daños psicológicos en la víctima de violencia sexual o a la que se le está presionando en las nuevas tecnologías de la comunicación haciéndola víctima primaria o secundaria, es esencial. Por ello son necesarios profesionales sensibles con el tema y que sensibilicen con el derecho que tienen las víctimas a ser atendidas con respeto, corrección, de manera individualizada y con una comprensión personalizada a las necesidades específicas.

De no ser así, puede que ocurran casos como el de una mujer de 33 que denunció en la ciudad de Vitoria cómo la atención médica que recibió no le sirvió más que para que le recetasen pastillas, sin ofrecerle servicios alternativos, como por ejemplo de atención psicológica, o de las múltiples herramientas que ofrece la Justicia Restaurativa como los grupos de apoyo; así para esta mujer la victimización secundaria continuó tras la violencia sexual sufrida: "Tras el juicio por la agresión sexual […] él comenzó con las amenazas, y yo no podía dormir, estaba nerviosa y acudí al médico. Éste me recetó pastillas que no me hacían efecto […] En la siguiente consulta, me derivó directamente al psiquiatra […] y mal porque también me recomendó tomar pastillas […] Ciertamente, cuando me encuentro mal o nerviosa me tomo un tranquilizante, pero después el efecto se me pasa y estoy de nuevo igual […] No sé, siento que esto no se va a terminar nunca […][51]"

[51] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., y NAREDO MOLERO, M., *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 75.

5.1.2. Atención psicológica para las víctimas, y en su caso, sus hijos/as

La asistencia por parte de los psicólogos es uno de los recurso mejores valorados dentro de los informes y documentación analizada para este estudio, de tal manera puede afirmarse que ésta es considerada una herramienta esencial para superar los sucesos de violencia vividos tanto por las mujeres que efectuaron una denuncia como por aquellas que no lo hicieron.

La mayor parte de las mujeres acceden a estos psicólogos por derivación de los servicios de atención del centro de salud, pero sin olvidar que otro porcentaje significativo de ellas acuden a estos servicios por insistencia de sus familiares o amigos.

Como ejemplo del funcionamiento de estos servicios de psicología en ayuda a la víctima se mencionará el caso de una madre que decidió acudir a pedir ayuda a un centro atención psicológica para su hija la cual tras dejar una relación afectiva con su pareja, éste decidió que el público de las redes sociales debía hacerse eco de cuán "fresca" era su expareja: "mi hija de tan solo 19 años tenía un novio dos años mayor que ella, que la pegaba, que yo sepa de tanto en cuanto […] Cuando me enteré la primera vez, decidí ir al centro de asistencia psicológica de la ciudad, pensando en ella […] pero en casa, recibí como respuesta por su parte que por qué no iba a contar mis problemas y dejaba de inventar sobre los demás […] Entonces, conté lo mío (caso de violencia de género), y me trataron a mí, al margen completamente de mi hija"[52].

Así, aparecen una serie de necesidades no cubiertas por parte de los servicios profesionales, pues si bien la concepción que tienen las mujeres sobre los tratamientos psicológicos es bastante positiva en la mayoría de los casos analizados, y tienen muy buenas palabras para con su psicólogo/a; en otros casos, hay víctimas que consideran que la asistencia no llegó a cubrir las necesidades ni a recibir el apoyo real que necesitaban, sobre todo de cara a mantener la terapia.

En este caso, se pondrá el ejemplo de una mujer chilena que acudió tan solo en una ocasión al programa de atención psicológica que le ofrecían los servicios públicos tras sufrir acoso en el plano laboral: "Yo solo acudí una vez (a la consulta de la psicóloga), y no […] es que no me gustó nada […] yo creo que igual ella tenía en la cabeza que mi problema no era tan grave para que yo siguiese yendo […] No parecía que quisiese que fuera otra vez. […]. No me dijo que fuese en una semana por ejemplo. Todo dependía de mí, solo si yo quería ir sin más […] y ahora veo, que para salir de esto necesitas alguien que te apoye del todo"[53].

Para concluir este apartado se tratará el impacto de ser víctimas de esta clase de delitos sexuales teniendo hijos a su cargo; pues no en pocas ocasiones, sobre todo en los casos en que aparte de la violencia sexual se sufre violencia de género en el seno del

[52] Ibídem. p. 81.

[53] ADELA MONTERO, V., Y CARMEN CERDA, A. "Principales necesidades de atención..." op. cit., p. 37.

hogar, la víctima y el agresor tienen hijos en común, y en este caso, como en todos los casos analizados en las investigaciones de los autores citados, se muestra inmensa preocupación por el impacto que tiene y que tendrá esta clase de violencia en el desarrollo de sus hijos/as.

A modo de ejemplo, se mostrará el testimonio de una mujer de 42 años con un hijo de 13, que tras sufrir diferentes versiones de violencia en el seno del hogar que recaían sobre ella por parte del padre del menor, ahora está en tratamiento psicológico: "Mi pequeño está muy mal […] En estos momentos está totalmente fuera de control, si es verdad, que tiene 13 años […] pero es que ha vivido una situación tan fuerte, que se escapa de su propio control, y no se […] Yo pienso que sufre mucho […] bueno no puedo saber si realmente sufre para adentro o para afuera, pero sí que sufre. […] él ha cambiado, antes era distinto, pero yo espero que ahora vuelva a cambiar […]"[54].

En este caso, si se analiza que el hijo de esta mujer no está bajo una atención psicológica adecuada y especializada a su edad y a su caso, Ana, confiesa que en ese momento no había en su pueblo un psicólogo infantil; y el hecho de tener que pagar el desplazamiento hasta Palencia le suponía un gran gasto inasumible, de tal manera que ni ella tenía una asistencia psicológica especializada en casos de violencia de género ni su hijo tampoco. Por ello, resultaría interesante –aunque existen comunidades en que ya se da[55]– ofrecer un servicio de asistencia que pueda desplazarse por las zonas más humildes para intentar facilitar el acceso a los medios que se tienen en las capitales.

De este modo, una de las grandes preocupaciones generalizadas es que los hijos crezcan expuestos complemente a un modelo de violencia sexista y que en el futuro intenten imitarlo. Así, una atención psicológica temprana podría intentar aliviar los modelos impuestos en su casa mediante violencia. Pues es una práctica común la instrumentalización de los hijos comunes como mecanismo de chantaje en los casos de violencia de género; de modo que si no se recibe un apoyo psicológico para ambas partes, puede provocar un rechazo indiscriminado hacia la propia víctima de la violencia, deprimida, o la negación de tal situación por su parte.

En este caso, mencionar brevemente el caso de una mujer del Perú que confiesa que tras la demanda de divorcio, fruto de las humillaciones a las que era sometida, el agresor y padre de sus 3 hijos, "lo que ha provocado es enfermar a sus propios hijos […] ahora por su culpa, no quieren estar juntos, pues están divididos entre nosotros"[56].

---

[54] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., Y NAREDO MOLERO, M. *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 83.

[55] En la Comunidad Autónoma de Andalucía por ejemplo, este año 2018 ha ampliado a las zonas rurales el servicio de atención psicológica a menores víctimas de violencia de género. Información: Instituto andaluz de la mujer. Consejería de Igualdad y Políticas Sociales. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/iamindex.php/iam/noticias/el-iam-ampl%C3%ADa-a-las-zonas-rurales-el-servicio-de-atención-psicológica-a-menores-v%C3%ADctimas-de-violencia-de-género (Fecha de consulta: 02/05/2018)

[56] Defensoría del Pueblo, op. cit., p. 101.

Aquí, tenemos el caso de una madre, con hijas adolescentes residentes en Bilbao, que tras sufrir vejaciones por parte del padre de las menores durante un periodo prolongado de tiempo, cuando decidió separarse de él, sin previa denuncia, sus hijas llegaron a mal meter en su contra, inclusive después de haber están presentes en alguno de los episodios de violencia: "Por mis hijas yo creo que he aguantado de todo lo que podría aguantar […] y ahora, encima me dan la espalda, me dejan sola frente a él, aun sabiéndolo […] Porque el hecho de que tus propias hijas, te digan eso […] Aun cuando una madre del colegio de ellas te pare por la calle y te pregunte si ha pasado eso de verdad […] Porque una de mis hijas le había dicho a la suya que su padre me había intentado tirar por la ventana […] y después ella misma lo niega, […] y lo niega ante el abogado, pues te sientes mal"[57].

5.2. Atención integral a la víctima e información completa

5.2.1. Servicios sociales de atención primaria: información, detección y facilitación de recursos

El hecho de que existan una serie de servicios sociales multidisciplinares de atención temprana de responsabilidad pública debería ser, de hecho, un derecho, constituyendo por sí mismos algo así como una red que proteja a cualquier víctima de violencia sexual. En España[58] estos servicios son una de las vías de acceso que les aconsejan a las víctimas sus amistades, familiares, algún profesional de otro ámbito, o bien acudiendo solas, buscan apoyo o ayuda. De tal manera es como deciden dar el paso de solicitar información y recursos concretos.

Además, estos profesionales –que pueden ser trabajadores sociales– deben ser diligentes, atender y facilitar ayuda e información a las víctimas, tanto si existen pruebas evidentes como de no ser así. Sino puede darse el caso descrito por una mujer de 56 años, que relató que su hija de tan sólo 14 fue a los servicios sociales de la ciudad de Santiago de Chile, buscando ayuda, principalmente para su madre, pero la trabajadora del centro no fue nada diligente, pues tras conocer el suceso por parte de la hija, y después, tras la negación de la madre, dejó de investigar el caso de violencia sexual contra la misma: "Mi hija pequeña, cuando tenía 14 años, fue al centro social, donde le contó a la asistenta que su padre la pegaba, y que abusaba sexualmente de su mama […] Cuando me enteré, bajé yo misma, y mentí a la asistenta (trabajadora social), diciéndole, en tono de enfado: "¿usted se cree que yo voy a dejar que mi pro-

[57] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., Y NAREDO MOLERO, M., *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 84.

[58] Ibídem, p. 76.

pio marido me pegue?". A partir de ese momento, aquella mujer dejó de investigar el caso […][59]".

Otro caso desconcertante lo encontramos en el relato de una mujer colombiana, cuando, tras conseguir lanzarse a denunciar la violación sexual sufrida, se lamentó de la falta de diligencia por parte de los servicios sociales, ya que no solamente tardaron un largo periodo de tiempo en ofrecerle una respuesta, sino que además no empatizaron con su persona y su situación. Al final, esta mujer de 36 años decidió retirar la denuncia interpuesta, ante la tediosa dificultad del proceso penal: "El día que decidí denunciar a mi (agresor), fui hacia la Comisaria de Policía, allí me preguntaron si quería que avisaran a los servicios sociales, a lo cual contesté que sí […] cuando éstos contactaron conmigo, yo estaba trabajando y no llegué a atender la llamada; más tarde se la devolví, y me dijeron que ya me llamarían, sin embargo, pasaron 2 meses hasta que me volvieron a llamar […] Después tuve más de un enfrentamiento con la trabajadora social, por lo que decidí no acudir más a ella; pues, además, ésta siempre estaba juzgando mi apariencia física, que claro que yo intento cuidarme, pero esta señora fue muy cruel con sus palabras […] En mi caso, los servicios sociales no me ayudaron, porque por ejemplo, aunque yo retirase la denuncia, la policía siguió llamándome durante los siguientes meses recordándome si quería denunciar […]"[60].

5.2.2. Orientación acerca de los derechos de la víctima

Los servicios públicos de atención primaria tendrían como funciones –aparte de las ya mencionadas– las de detectar, derivar a servicios especializados o atender a las víctimas de manera personalizada, también orientarlas jurídicamente y apoyarlas sobre los derechos que tienen como víctimas en base a la legislación específica al respecto. Una de las cuestiones más valoradas por las víctimas es sin duda una buena orientación, pues como confiesa una mujer de 31 años, víctima de agresiones sexuales continuas por parte de su pareja sentimental: "Tras un complicado proceso judicial, es fundamental la orientación por parte de los profesionales y de la propia familia […] Si las mujeres que sufrimos violencia sexual no tenemos apoyo, ni de las personas cercanas ni de las instituciones, no me extraña que vuelvan de nuevo con su ex pareja […] ya que es muchísimo más sencillo lidiar con lo que ya conoces, que con cosas que no conoces y que encima te perjudican, o te juzgan sin ofrecerte ayuda"[61].

[59] ADELA MONTERO, V., y CARMEN CERDA, A. "Principales necesidades de atención..." op. cit., p. 35.

[60] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., y NAREDO MOLERO, M. *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 78.

[61] Defensoría del Pueblo, p. 106.

5.3. Autonomía

5.3.1. Económica

En este punto se ha de distinguir entre las víctimas que sufren una agresión sexual, o agresión a su intimidad personal por una tercera persona y su posterior exposición en las nuevas tecnologías, de aquellas otras que sufren agresiones sexuales o agresión a su intimidad personal en el seno de su hogar o por parte de su pareja o ex pareja sentimental. En el primer caso, lo normal es que al no tener relación con su agresor posean una independencia económica propia o bien se halle bajo el amparo de sus familiares si hablamos de personas jóvenes. Mientras que en el segundo caso, si suele tenerse una dependencia económica respecto de su agresor (pareja o ex pareja), ahí es donde redunda uno de los problemas en la toma de decisión tanto de la denuncia, como en sí mismo de conseguir una libertad personal y una vida al margen de su victimario.

En este último ámbito, el componente económico está muy presente en muchas de las víctimas, desde aquellas con gran éxito profesional hasta las que no tienen un trabajo remunerado, pasando también por las mujeres extranjeras con dificultades particulares[62]. Esta dependencia se evidencia mucho más en el momento de la ruptura sentimental; pues en muchos de los casos analizados por los estudios citados, las mujeres hacían referencia a las dificultades para encontrar esa autonomía que les permitiese independizarse completamente; por eso es fundamental facilitar herramientas económicas o de inserción laboral.

A modo de ejemplo, señalar la confesión de una mujer con dos hijos, que recuerda como fue vencer el miedo y la vergüenza para solicitar ayudas en los bancos de alimentos y al Ayuntamiento para poder subsistir: "[…] Tras el juicio estuve en el Ayuntamiento, y allí fue donde conocí a los trabajadores sociales […] y a la técnica que fue la que nos ayudó más […] Como yo no trabajaba, tuve que irme a casa de mis padres, pero aun así no llegaban los ingresos […] Él (su agresor) era quien trabajaba […] de tal manera que finalmente decidí acudir al banco de alimentos, cosa que me espabiló mucho […] y sí, se me caía el mundo a los pies […] pero cuando con esa comida ese día comimos mis hijos y yo muy bien, pensé que esto habría que enfocarlo de otro modo"[63].

5.3.2. Vivienda u hogar

Un aspecto que produce gran preocupación en las víctimas y que, no obstante, su resolución discrepa bastante de unos países a otros, es el tener acceso a una vivienda

[62] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., Y NAREDO MOLERO, M. *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 85.

[63] Ídem.

propia o, en su caso, a un lugar donde poder hallar un hogar para seguir unidas a sus hijos. Si bien es cierto que en muchos de los casos analizados esta ayuda ni siquiera se solicita por parte de las víctimas, ello tiene su respuesta en que suelen comenzar a residir en casa de sus padres o familiares cercanos, los cuales les cubren esta necesidad.

A modo de ejemplo, señalar el caso de una mujer de 54 años que tras más de 30 años de violencia generalizada en el seno de su hogar, rememora cómo su agresor pretendía quedarse con la vivienda común. Esto aumentó su necesidad de encontrar una vivienda: "Nuestra casa, es lo que a mí más me preocupa […] Ahora que tengo la custodia de mis hijos estoy bien, pero no quiero tener que dejar mi casa porque él no quiera marcharse […] no es justo que yo tenga que irme y él quedarse […] yo nunca he pegado ni violado a nadie […] él es el que no hizo bien las cosas […] no quiero quedarme en la calle"[64].

También, mencionar el testimonio de otra mujer que recuerda con pesar cómo aun habiendo solicitado ayuda para el acceso a una vivienda, tal necesidad no fue cubierta por los servicios sociales, situación que desembocó e indició de manera directa en la pérdida de la custodia de sus hijas menores: "Tengo que tener una vivienda […] yo solo la pido para que me dejen tener la custodia de mis hijas, ya que sin vivienda no me la darán […] Esto muchas mujeres no lo sabemos […] yo hablé con mi trabajadora social, incluso con otras personas del Ayuntamiento, que sé que no tenía por qué hacerlo, pero bueno […] El Alcalde llegó a prometerme una vivienda del Ayuntamiento, que todavía estoy esperando a que me den […] Yo facilité toda la documentación que me pidieron […] Al final, con la ayuda de una amiga tuve alquilar una vivienda en la misma localidad que él"[65].

5.4. Asistencia jurídica

El servicio de asistencia jurídica es un recurso necesario para todas las personas, pero especialmente las más vulnerables valoran que exista tal servicio y poder hacer uso del mismo. Además, en España, es un recurso que, aunque se desconozca de su existencia por parte de la víctima, igualmente se les informa para que puedan acceder al mismo, a menos que presenten una asistencia letrada particular.

En cualquier caso, esta prestación es muy útil tanto antes de comenzar cualquier tipo de procedimiento, denuncia o divorcio; como tras las posibles resoluciones judiciales y su ejecución práctica. En muchos casos, a los servicios públicos de asistencia letrada acuden algunas mujeres que prefieren tener una segunda opinión, más allá de

[64] ADELA MONTERO, V., Y CARMEN CERDA, A. "Principales necesidades de atención..." op. cit., p. 34.

[65] SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., Y NAREDO MOLERO, M. *Informe de identificación de necesidades...* op. cit., p. 89.

la de su abogado/a particular: "En mi caso, quizás fuese porque ya tenía una abogada y no me derivaron al servicio de asesoría jurídica, pero creo que, independientemente de ello, tras el juicio, yo me quedé con muchas dudas […] No sabía a dónde ir, ni cuándo […] estaba completamente perdida […] como es la primera vez que te ves metida en esto […]"[66].

6. Estudio de casos

En este apartado se analizarán tres casos mediáticos, conocidos de sobra por el lector de este TFM, que no obstante, quisiera matizar en los extremos que tienen que ver con la repercusión que tuvo para estas tres mujeres el hecho de que su caso saliese y se difundiese rápidamente por medio de las nuevas tecnologías.

Se han seleccionado el caso de Olvido Hormigos, Tiziana Cantone y el caso de "la Manada", porque cronológicamente muestran perfectamente el desarrollo que la legislación española ha tenido en este ámbito, y por ello se analizarán en ese orden. Aun teniendo en cuenta que el caso de Tiziana se juzgó en Italia y allí es donde obtuvo la respuesta judicial pertinente, sirve para mostrar muy explícitamente la otra cara de la victimización secundaria. Además, se cuenta con los dos primeros casos en los que, no habiendo como tal agresión sexual física, no por ello la repercusión en las redes sociales fue menor y siempre en el sentido de vejar la intimidad personal de la víctima, pues la promulgación de la información personal venía directamente de la mano del victimario; obteniendo como resultado finales muy diferentes en ambos casos por parte de las víctimas.

Por último, se hará una referencia más extensa al suceso de "la Manada", cuya Sentencia, como ventaja para este TFM ha obtenido una resolución anterior a su entrega, y por tanto podrá tenerse en cuenta a fin de analizar los hechos y los resultados en cuanto a la victimización secundaria de una persona que sufrió un delito de abuso sexual, según la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo[67]. Sin embargo, tras conocerse la *notitia criminis*, antes y durante el proceso judicial y la sentencia ha tenido una inmensa repercusión en miles de medios de comunicación y diferentes tipos de medios de reproducción, como las redes sociales y otras vías de internet, donde no sólo se juzgaba a los victimarios, sino en muchos casos a la propia víctima y su actitud, vestimenta o su propia vida en y al margen del suceso.

[66] Ibídem, p. 90.

[67] Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo. Obtenida de la página web oficial del CGPJ: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8363601&links=%2238%2F2018%22&optimize=20180427&publicinterface=true (Fecha de consulta: 28/04/2018)

6.1. Olvido Hormigos

6.1.1. Antecedentes

Antes de comenzar la descripción de los hechos del caso de Olvido Hormigos y su repercusión como víctima, haré un breve repaso por la tramitación parlamentaria que tuvo la LO 1/2015 de reforma del CP, ya que este caso fue clave en su modificación, aunque no oficialmente.

Según Castelló (2015)[68], el 23/09/2013 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes del Proyecto de LO que reformaría el CP, el cual se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante, BOCG) el 4/10/2013, señalándose en la citada publicación un acuerdo por el que se encomendaría un Dictamen, en base al art. 109 del Reglamento de las Cortes a la Comisión de Justicia.

Tras meses en que la tramitación se encontró paralizada, el Ministro de Justicia Catalá Polo (en funciones), retomaría con carácter urgente el debate y la aprobación de la reforma legal la cual, tras obtener mayoría parlamentaria por el grupo Popular en el Congreso de los Diputados en la Sesión plenaria nº 238, de 21/01/2015, fue remitida al Senado ocho días más tarde. Ratificada en su mayoría, con alguna reforma el 11/03/2015, quedó aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 26/03/2015.

La Exposición de Motivos (en adelante, EM) del texto que se publicó en el BOCG en 2013, señalaba en su XVI parte (actual apartado XIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo) que justificaba las modificaciones que se habían propuesto, precisamente, en el ámbito de delitos contra la intimidad personal con el fin de llegar a alcanzar una "solución a los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas", facilitando una respuesta –según expone– a los supuestos en que "las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad".

Tras lo cual, la EM de la reforma que se remitió del Congreso de los Diputados al Senado recogió de manera literal el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 16/01/2015, de tal manera que amplió su justificación respecto de los delitos contra la intimidad personal, ya que, tras varias enmiendas del mismo grupo político Popular, se incluyeron diversos preceptos hasta lograr alcanzar el art. 197 *quinquies* CP.

No obstante, la motivación de estos novedosos tipos penales los trajo como causa

[68] CASTELLÓ NICAS, N., "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor" como Bloque II en: Morillas Cueva, L. Estudios *sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 489-512. ISBN: 978-84-9085-434-1.

la Directiva 2013/40/EU, de 12 de agosto[69], relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo. Mediante estas modificaciones, la EM, señala que se pretende "superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea".

Así, el Preámbulo XIII de la LO 1/2015, de 30 de marzo dejó clara la intención del Poder Legislativo señalando que se modificaban los delitos relativos a la intromisión, con la finalidad de alcanzar una solución a los problemas de falta de tipicidad penal. Sostenía literalmente que el actual art. 197 CP tipificaba como delito, por una parte "el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima […] Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad".

Todas estas modificaciones que se pospusieron pretendían superar las limitaciones propias de la regulación entonces vigente como respuesta contundente a la delincuencia informática en el sentido que marcaba la normativa europea. De tal manera, que habida cuenta del contenido de la citada Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, se introdujo una separación clara y nítida en el CP entre los casos de revelación de datos que afectaban de manera directa a la intimidad personal y el acceso a otros datos o informaciones que pudiesen afectar, de alguna manera a la privacidad de la persona, pero que no están directamente relacionados con su intimidad[70]. Así, no es igual el acceso al listado de los contactos de un teléfono móvil particular por ejemplo, que obtener datos relativos a la versión del software o a la situación en que se encuentran los puertos de entrada de un sistema informático concreto. De tal manera, se optó por tipificar de manera separada y distinta el acceso a los sistemas informáticos cuando se trata –y cuando no– de trasmisiones personales, con o sin consentimiento.

Por lo tanto, todo lo señalado hasta aquí es la justificación formal y los motivos que llevaron al Poder Legislativo a realizar la reforma del CP en el sentido al que hace referencia al delito del art. 197 CP. Sin embargo, respecto del apartado 7º de ese mismo artículo, no puede dejar de señalarse la gran influencia que tuvo el caso de Olvido Hormigos para la acometer tales reformas.

[69] Ibídem, p. 494.
[70] Ibídem, p. 496.

6.1.2. Hechos y resolución judicial

El caso de Olvido Hormigos fue un caso muy mediatizado[71]. Esta víctima fue concejal de la localidad de Los Yébenes por el PSOE, hasta que en el verano de 2012 se hizo público, sin su consentimiento, primero por la vía de la aplicación móvil de WhatsApp y después por toda la red de internet, un video con contenido erótico e íntimo en el aparecía masturbándose. La difusión de este video, que rápidamente se hizo viral, lo denunció la propia Olvido Hormigos[72], denuncia en la que hizo constar que había sido víctima de un delito contra su intimidad personal, acusando tanto a la persona con quien mantuvo una relación sentimental por aquel entonces, y que fue el primero en expandir el video enviado por ella misma; como al que fue Alcalde de los Yébenes del PP, quien supuestamente colaboró en la propagación del video.

Finalmente, la denuncia quedó archivada ya que la juez entendió que no existía delito, pues la legislación española vigente en el momento de la comisión de los hechos (2012) requería que la información privada fuese robada o apropiada por el victimario de manera ilícita, cuestión que no había ocurrido, puesto que en este caso fue la propia víctima la que había enviado ese video. Cuestión que como se ha señalado, no requería de consentimiento para su posterior difusión, y cambia radicalmente gracias a la modificación del CP llevada a cabo con la LO 1/2015, de 30 de marzo, donde ahora sí, es necesario el consentimiento de la víctima para la difusión de contenido personal.

---

[71] Ejemplos de prensa que publicaron este caso no faltan, como así la emisión por televisión o radio y diferentes canales por vía internet: aquí se expondrán alguno de los titulares de la prensa digital más reseñables:

ALTOZANO, M. "La 'ciberintimidad' de Olvido Hormigos" en *El País*, 2013, disponible en: https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

Diario Crítico, "La política que también fue chantajeada con un vídeo privado aprovecha el tirón mediático en 'Interviú" en *Diario Crítico,* 2012, disponible en: https://www.diariocritico.com/noticia/418540/im-presentable/la-politica-que-tambien-fue-chantajeada-con-un-video-privado-aprovecha-el-tiron-mediatico-en-interviu.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

Vertele, "Olvido Hormigos, del vídeo erótico a la piscina de Telecinco" en *Ver tele tv*, 2013, disponible en: http://vertele.eldiario.es/verteletv/actualidad/Olvido-Hormigos-erotico-piscina-Telecinco_0_1434756534.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

Video. Teletoledo Noticias, "Los Yébenes, desbordada por el interés mediático creado por el video erótico de Olvido Hormigos". *Tele Toledo,* 2012. Canal de YouTube de Teletoledo Noticias, disponible en: https://www.youtube.com/channel/UCIUWRltJkS1CMSAtSlH-_Og (Fecha de consulta: 02/05/2018)

El Mundo, "Aluvión de muestras de solidaridad con Olvido" en *El Mundo,* 2012. disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/06/espana/1346913889.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

EFE, "El alcalde y el futbolista del vídeo de Hormigos piden archivar el caso". *El Mundo,* 2012*,* disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/24/espana/1351089804.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

[72] EFE, "Los denunciados por la concejala de Los Yébenes Olvido Hormigos piden el archivo del caso" en *20minutos*, 2012, disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/1627508/0/olvido-hormigos/imputados/archivo-del-caso/#xtor=AD-15&xts=46726 (Fecha de consulta: 02/05/2018).

Según la juez[73], solamente si el acusado hubiese accedido al teléfono móvil de Olvido Hormigos sin su autorización estaríamos ante un delito contra su intimidad personal. Respecto del Alcalde –a quien acusó de difundir el video desde su correo electrónico oficial en el Ayuntamiento– María del Carmen Neira expuso que más allá del posible reproche moral –sobre el que a ella como juez no le correspondía pronunciarse–, aunque así hubiera sucedido, no habría podido incurrir en delito alguno, ya que el citado video no fue obtenido sin autorización. Por ello, decidió archivar la causa contra los dos presuntos victimarios por el delito contra la intimidad personal, aunque practicando nuevas pruebas por si los hechos acaecidos pudiesen ser constitutivos de un delito contra la integridad moral de la víctima[74].

En conclusión, esta resolución lo que claramente muestra es la falta de amparo que había antes de la reforma del CP, ante unas nuevas actuaciones que pueden producirse en este mundo tecnológico e invita al poder legislativo a que se pronuncie al respecto, para que cree nuevos tipos penales que lleguen a ajustarse a la realidad social actual y a las conductas nuevas que puedan ser reprochables desde el ámbito del derecho penal.

6.1.3. Repercusión en la sociedad y en la víctima

Este caso tiene suma importancia pues aunque se han expuesto los motivos formales de la reforma del CP, no es menos cierto que unos días después de hacerse público este suceso el Ministro de Justicia dio a conocer las líneas maestras del Anteproyecto de la reforma del CP, una de las cuales era la tipificación de la difusión no autorizada de imágenes con contenido personal obtenidas con el consentimiento de la víctima.

La víctima, Olvido Hormigos, por aquel entonces se planteó dimitir como concejal de su municipio. Sin embargo, la sociedad en general[75] y ciertos políticos en particular[76], manifestaron su apoyo. Así, aunque confesó sentirse observada por la gente de

[73] Auto de sobreseimiento y archivo, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), de 15/03/2013. Firmado por la juez María del Carmen Neira Formigo, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz.

[74] Otro ejemplo de este delito, previo en el tiempo y sin difusión mediática, fue el caso acontecido en Lleida que trataba también de la difusión de un video con contenido sexual, que posteriormente es difundido sin el consentimiento de todas las partes, pero cuya grabación si lo tuvo, de tal modo el Tribunal señaló que no podía considerarse una actividad delictiva al no haber sido conseguido de manera ilícita, amparándose en el anterior art. 197.3 CP. (SAP Lleida 90/2004, de 25 de febrero).

[75] "El atropello a la intimidad de una concejal se amplifica en las redes sociales. Tras el escarnio inicial, se impone una marea de apoyo a la víctima que incluye a los políticos". En PRADES, J., "Un patio de vecindario virtual" en *El País*, 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346959211_521410.html (Fecha de consulta: 02/05/2018)

[76] Por ejemplo, la que fuera por aquel entonces Presidenta de la Comunidad de Madrid Esperanza Aguirre, empleó su cuenta de Twitter para animarla: "En defensa de tu intimidad. Olvido, no dimitas".

su pequeño pueblo (según indicó "a las dos horas todo el mundo tenía mi video"[77]), decidió no dimitir de su cargo.

No obstante y pese a las múltiples muestras de apoyo, desde que se hiciera público su vídeo, Olvido Hormigos no sólo perdió su anonimato, sino que pasó a ser una de las personas más criticadas en su municipio. A pesar de esto, tal situación no la hundió, sino que decidió volcar su energía en contar su caso y las repercusiones que ello tuvo en su vida. Expresó que "aunque si pudiera daría marcha atrás en el tiempo […] reconozco que ahora trato de aprovechar todo lo que le ofrecen […] Una vez que estoy ahí y que recibo críticas aprovecho las oportunidades que se me presentan"[78].

6.2. Tiziana Cantone

Tiziana Cantone era un joven italiana de 31 años que acusó a cuatro hombres de difundir un video sexual suyo en el cual ella le hacía una felación a su ex pareja (quien grabó el video). La madre de Tiziana, María Teresa Giglio, aseguró que la ex pareja de su hija era quien la obligaba a grabar esos videos sexuales o eróticos y que fue él quien los publicó para ejercer coacción sobre ella y chantajearla para que volviesen a estar juntos[79].

A los cinco meses posteriores a la interposición de la denuncia, por razones que aún no se conocen, Tiziana la retiró, circunstancia clave en el archivo de la causa[80]. La joven padeció un verdadero calvario tras la publicación de imágenes suyas en pose erótica, y sobre todo por la viralización de un video que dio pie a multitud de *merchandising* e imágenes por el país, al repetirse constantemente la frase que decía: "*stai facendo un video? Bravo!*" (¿Estás haciendo un video?, ¡Bravo!). Después la frase se utilizó por la

También, miembros de su propio partido se manifestaron en las redes sociales para mostrarle su apoyo, así por ejemplo, Elena Valenciano, la que fuera la Vicesecretaria General del PSOE, desde su cuenta de Twitter decía: "Olvido, no dimitas por eso. Ni se te ocurra".

Información hallada en: JUNQUERA, N. "Entrevista a Olvido Hormigos: En dos horas todo el pueblo tenía mi vídeo" en *El País,* 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346961227_206248.html (Fecha de consulta: 02/05/2018).

[77] JUNQUERA, N., "Entrevista a Olvido Hormigos...", op. cit.

[78] Telecinco, "Olvido Hormigos: Mi marido me ha tenido que perdonar un par de veces este año" en *Telecinco*, 2013. Disponible en: https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/entrevistas/olvido-hormigos-mi-marido-me-ha-tenido-que-perdonar-un-par-de-veces-este-ano_0_1715175244.html (Fecha de consulta: 02/05/2018).

[79] BENEDUCE, T. y NESPOLI, R., "Morte Tiziana, indagati i 4 ragazzi a cui mandò i video porno" en *Corriere della Sera,* 2016. Disponible en: http://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/cronaca/16_settembre_15/morte-tiziana-prima-uccidersi-l-ultima-telefonata-suo-ex-fidanzato-a29c95a4-7b0a-11e6-a30c-c26992d2881d.shtml?refresh_ce-cp (Fecha de consulta: 03/05/2018)

[80] Redacción, "El caso del suicidio de Tiziana Cantone se archiva sin culpables" en *Huffington Post,* 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/11/07/tiziana-suicidio-archivo_n_12839674.html (Fecha de consulta: 03/05/2018).

gente en la plataforma de YouTube haciendo parodias sobre ella y publicando imágenes o nuevos videos online, incluso se llegaron a crear camisetas[81].

Tiziana, llegó a cambiar su domicilio a otra ciudad, incluso se cambió el nombre. Por parte de los órganos judiciales italianos se le concedió el derecho al olvido (reconociendo su derecho a que se eliminara el rastro en internet de sus videos e imágenes), pues el Tribunal ordenó a Facebook que borrara algunos de los mensajes de tono más abusivo. Sin embargo, tras el fallo del Tribunal, el video ya había sido reenviado miles de veces a diferentes redes sociales y páginas de pornografía. Además, en el fallo de la resolución judicial se la obligó a pagar las costas procesales de la Corte Italiana por su caso[82].

Así, finalmente Tiziana acabó quitándose la vida, ahorcándose el 12/09/2016, tras una resolución cerrada sin ningún culpable. En este caso, como en el anterior, la víctima fue la que envió alguna de las imágenes que posteriormente se difundieron por los cuatro acusados; lo que derivó en acoso en las redes sociales, insultos y amenazas contra su persona[83].

Al día siguiente del suicidio, la justicia italiana abrió una nueva investigación para investigar si hubo o no, inducción al suicidio. La Fiscalía italiana determinó que los cuatro denunciados no eran los responsables del suicidio de la joven italiana, tras lo cual la Audiencia de la ciudad de Nápoles desestimó las acusaciones de difamación contra ellos[84].

La madre de la joven confesó que su hija había intentado hasta en dos ocasiones anteriores suicidarse –siempre tras el suceso de la difusión del video viral–, pues estaba deprimida por todo lo que leía y oía sobre su persona, y en concreto, por el resultado de los procesos judiciales[85].

Este caso, por desgracia, no es el único[86] que ha ocurrido teniendo como comienzo la difusión de información íntima mediante las nuevas tecnologías y acabado con

---

[81] EVANS, S., "Devastated woman hanged herself after sex tape leaked online sparking barrage of abuse", en *The Mirror*, 2016. Disponible en: https://www.mirror.co.uk/news/world-news/devastated-woman-hanged-herself-after-8843476 (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[82] Redacción, "Tiziana, nessun colpevole per i video" en *La Repubblica*, 2016. Disponible en: http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2016/11/04/tiziana-nessun-colpevole-per-i-videoNapoli09.html?ref=search (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[83] Redacción Huffington Post, op. cit.

[84] EFE, "Italia investiga si se indujo al suicidio a esta joven protagonista de vídeos sexuales en Internet", en *Huffington Post,* 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/09/15/sexo-suicidio_n_12021654.html (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[85] ARCOLACI, A., "La madre di Tiziana Cantone: "Archiviazione? Non mi arrendo, lotterò per mia figlia"" en *Vanity Fair*, 2017. Disponible en: https://www.vanityfair.it/news/diritti/2017/09/12/tiziana-cantone-suicidio-processo-madre (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[86] A modo de ejemplo citaré otro caso mediático acontecido en Marruecos, que está a caballo entre el caso de Tiziana y el siguiente caso que se expondrá de la Manada. Pero en este caso fueron seis jóvenes marroquíes grabaron la violación que le propinaron a una menor, video que después difundieron por internet, y tras lo cual la joven se acabó suicidando.

En Redacción, "Arrestados 6 jóvenes en Marruecos por violar y grabar a una menor que luego se suicidó", en *Huffington Post*, 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/08/05/jovenes-marruecos-violar_n_11350992.html (Fecha de consulta: 03/05/2018).

semejante final. Así, la tía de Tiziana denunció a los medios: "mi sobrina fue asesinada por la web y por la indiferencia de muchos"[87].

Este caso, en mi opinión, es fiel reflejo del daño que puede llegar a crearse por la presión de las redes sociales, y de internet en general, que siendo una herramienta muy útil, si no se sabe manejar puede acabar escapándose de las manos y servir como plataforma y máscara para que las personas sean valientes sólo detrás de un usuario web y una pantalla de ordenador o teléfono móvil, a través del cual pueden provocar o inducir a la depresión o el suicidio de quienes se exponen en ello, o de quienes se crean una dependencia de la opinión de la sociedad virtual sobre su persona[88].

6.3. El caso de "la manada"

El caso de la manada, tras la lectura íntegra de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, como asunto más reciente sobre el que sale cada día información nueva, intentaré que se refleje cada novedad en este TFM, actualizándolo hasta el día de su entrega en las plataformas oficiales de la Universidad.

6.3.1. Hechos

La madrugada del 7/07/2016 una joven madrileña de 18 años que se hallaba en las fiestas de los Sanfermines, denunció en Pamplona a varios hombres por violarla en un portal de aquella ciudad. Se conoce que tras el nefasto suceso, la joven salió del portal y se sentó en un banco cercano a ese mismo portal, en donde fue encontrada por una pareja que paseaba por allí, la cual, al hallarla llorando decidió pararse a preguntarla si estaba bien y decidieron llamar a la Policía. Así, la joven interpone la denuncia.

Según se relata en los autos de procesamiento[89], uno de los procesados comenzó

[87] Clarín, "La presión de la red. El video sexual que terminó en una tragedia" en *Clarín*, 2016. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/video-sexual-termino-tragedia_0_S13Fpbdn.html (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[88] Como ejemplo de joven que se vio arrastrada al suicidio por la influencia y dependencia que tenia de las páginas web y en redes sociales virtuales, es el caso de Cecilia Fuentes, la cual se dedicaba a ser "influencer", pendiente constantemente de sus "followers" virtuales y su opinión al respecto de las fotografías que colgaba en la red, acabó suicidándose en su casa ante la presión que aquello le generaba. En NEGRE, J. y DURÁN, L. F., "El cóctel mortal que ahorcó a la 'influencer' Celia Fuentes", en *El Mundo*, 2017. Disponible en: http://www.elmundo.es/cronica/2017/09/24/59c69ca822601d6c5d8b461e.html (Fecha de consulta: 03/05/2018).

[89] Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 2016: "El juez procesa por cinco delitos de agresión sexual a los encarcelados por una supuesta violación grupal a una joven en los Sanfermines". Informe del TSJN. Documento PDF. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uNPDtffp5TAJ:www.poderjudicial.es/stfls/SALA%2520DE%2520PRENSA/NOTAS%2520DE%2520PRENSA/20160809%2520NdP_procesamiento_agresio%25CC%2581n_sexual_Sanfermines.pdf+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=es&client=safari (Fecha de consulta: 04/05/2018).

una conversación con la madrileña en la Plaza del Castillo; tras lo cual, él y sus cuatro amigos decidieron acompañar a la joven a su coche, donde ella tenía intención de pasar la noche. Por el camino, advirtiendo que estaba abierta la puerta del edificio de la calle Paulino Caballero nº5, uno de los encausados la mantuvo abierta para facilitar el acceso a una vecina del bloque, después, cuando aquella mujer ya se hubo marchado, agarraron a la joven madrileña por las muñecas y la increparon para que entrase al portal, rodeándola entre los cinco, de tal manera que pudieron prevalerse de su superioridad numérica y su condición física, además de la imposibilidad de ésta para poder pedir ayuda. Y así, la sujetaron entre todos y la obligaron a practicarles varios actos sexuales.

Mientras tienen lugar los hechos que se enjuiciarían más tarde, los propios encausados grabaron con sus teléfonos móviles los actos sexuales, con el único consentimiento de los cinco hombres que salían en el video, pues ellos mismos se dirigieron a la cámara para ir comentado la actuación. Tras todo aquello, en mi opinión, este pésimo y desagradable suceso, según los autos, los individuos cogieron el móvil que la joven guardaba en su riñonera y abandonaron acto seguido el portal, dejando allí mismo dos tarjetas de memoria de sus teléfonos móviles y la funda de uno de ellos.

Cuando la joven fue capaz por sí misma de vestirse (según su declaración, al entrar en el portal la habían tirado al suelo, quitado el sujetador y desabrochado el pantalón[90]), salió a la calle y la pareja mencionada la encontró. Tras llamar a la Policía pudo contar a la Policía Municipal el relato de lo allí acontecido, ofreciéndoles además, datos identificativos de sus agresores sexuales, lo que permitió su rápida localización.

Esa misma mañana, la Policía detuvo en la plaza de Pamplona a los cinco integrantes de un grupo, por ellos mismos denominado "la manada", acusados de una violación sexual múltiple (art. 180.1.2 CP), y un delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP). Así, se decretó por el titular del Juzgado de Instrucción nº4 de Pamplona, prisión provisional comunicada para todos ellos pero sin posibilidad de fianza; lo cual cambió en septiembre de ese mismo año cuando el juez señaló una fianza de 500.000€ para cada uno, a fin de poder garantizar la responsabilidad civil, esto es, para resarcir a la víctima en caso de que hubiese condena en contra de los encausados. Todo ello alegando el juez que era "por la extrema gravedad de los hechos, ejecutados en grupo y de manera reiterada, con múltiples penetraciones". Afirmó, asimismo, que las declaraciones efectuadas por los encausados "no resisten el contraste con las grabaciones realizadas por ellos mismos en el portal". Por lo tanto, el juez concluyó que se rieron de la víctima y la humillaron, pues "no se aprecia consentimiento alguno por parte de

[90] Redacción, "El testimonio de la víctima de la violación múltiple en San Fermín: "Me tiraron al suelo, me quitaron el sujetador y los botones del pantalón"", en *La sexta Noticias,* 2018. Disponible en: http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-terrible-testimonio-de-la-joven-agredida-por-cinco-chicos-en-san-fermin-me-tiraron-al-suelo-me-quitaron-el-sujetador-y-los-botones-del-pantalon_2016071457878e706584a86fb36b328d.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

la víctima sino mero sometimiento a una apabullante situación de superioridad física y numérica"[91].

Como dato a tener en cuenta, al margen de este caso particular, es dable reseñar que solamente en las fiestas de los Sanfermines de ese año 2016, el Ayuntamiento de la ciudad de Pamplona llegó a registrar 16 agresiones sexistas, de las cuales 5 se correspondían con agresión sexual, y 11 de ellas con delito de abuso sexual a la víctima[92].

Una vez se hizo mediático el caso por la prensa nacional y por toda la sociedad, este suceso causó, y sigue causando un gran impacto. En los meses sucesivos no dejaron de salir noticias sobre los individuos encarcelados, y así, se hicieron públicas parte de las imágenes de la investigación de los teléfonos móviles de este grupo, y no solo las referentes a los WhatsApp donde se jactaban de haber estado con una "entre los cinco […] Todo lo que cuente es poco […] ¿Llevamos burundanga? Tengo reinoles tiraditas de precio. Para las violaciones"[93]. Nuevos sucesos acontecidos meses antes de la citada fiesta Navarra, en la que se veía a cuatro de ellos abusando en un vehículo a una joven inconsciente, en la localidad de Pozoblanco. Esta joven también denunció los hechos cuando la Policía se puso en contacto con ella, pues no lo había hecho antes porque algunas personas de su entorno más cercano llegaron a dudar de sus palabras[94].

Diciembre de 2016, según expuso el Ministerio del Interior[95], ese año había acabado con un total de 10.844 delitos contra la libertad sexual (más que en 2015, cuando se registraron 9.869). Dentro de los cuales habría que distinguir varias tipologías delictivas: 368 corresponden a casos de corrupción contra personas incapacitadas y menores de edad, 621 pornografía infantil, 1.249 se corresponden con agresiones sexuales con penetración; y 8.606 están clasificados en concepto de "otros" en donde podrían englobarse delitos como el acoso sexual, el abuso sexual o las agresiones en las que no se produzca

[91] Comunicación Poder Judicial, "El juez mantiene en prisión a los cinco procesados por una supuesta violación grupal a una joven en los Sanfermines", en *Consejo General del Poder Judicial*, 2016. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-mantiene-en-prision-a-los-cinco-procesados-por-una-supuesta-violacion-grupal-a-una-joven-en-los-Sanfermines (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[92] BORRAZ, M. y PÉREZ MENDOZA, S. "Agresiones sexuales en Sanfermines: "En las fiestas se crea un clima de que todo vale" en *Eldiario.es*, 2016. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/San-Fermin-agresiones-machistas-fiestas_0_536146900.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[93] Redacción, "Después queremos violar todos: los chats de 'La Manada' que son clave para la sentencia por violación múltiple", en *La sexta noticias,* 2018. Disponible en: http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/despues-queremos-violar-todos-chats-manada-que-son-claves-sentencia-violacion-multiple_201804245adf6e0f0cf220db8622e09f.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[94] EuropaPress, "Tres amigos de 'la manada' declaran este martes por otro caso de abuso a una joven en Pozoblanco", en *Eldiario.es*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/Citados-acusados-violacion-Sanfermines-Pozoblanco_0_717428598.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[95] Ministerio del Interior, "Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2016". 2017. Tabla 3-1-1. Infracciones penales. Hechos conocidos. Total nacional. Serie histórica 2012-2016. Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, pp. 167, 169 y 172. Documento PDF. ISSN 1888-8619.

Datos Ministerio Interior España	Hechos conocidos			Hechos esclarecidos			Detenciones e investigaciones		
Infracciones penales contra la libertad sexual	2015	2016	Variación %	2015	2016	Variación %	2015	2016	Variación %
Total	9.869	10.844	9,9	7.500	8.381	11,7	6.044	6.363	5,3
Agresión sexual con penetración	1.229	1.249	1,6	1.007	1.031	2,4	856	888	3,7
Corrupción contra personas incapacitadas y menores de edad	432	368	-14,8	358	292	-18,4	294	248	-15,6
Pornografía infantil	748	621	-17,0	540	477	-11,7	473	441	-6,8
Otros: contra la indemnidad y/o libertad sexual	7.460	8.606	15,4	5.595	6.581	17,6	4.421	4.786	8,3

Tabla 4. Elaboración propia a partir de los datos obtenidos por el Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2016.

penetración. Ahora bien, del grueso de hechos conocidos, solamente 8.381pudieron esclarecerse, y en tan sólo 6.363 llegó a detenerse al victimario o investigarse el caso.

En abril de 2017 la Audiencia Provincial de Navarra anunció que había concluido la fase que instruía el caso y decretó la apertura del juicio oral, de tal manera que implícitamente llegaba la desestimación a la petición de la defensa para que se archivase el caso. Al mes siguiente, se conoció que el MF[96] pedía para los imputados 22 años y 10 meses de prisión, que se fundaban en 18 años por un delito continuado de agresión sexual (según la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, por los arts. 178, 179, 180.1.1º y 2º, 192 y 74 CP), más 2 años y 10 meses por un delito contra la intimidad personal (arts. 197.1 y 5 CP), y 2 años más por un delito de robo con intimidación (art. 242.1. CP). Mismas penas pidió también la acusación particular. La acusación popular ejercida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y por el Ayuntamiento de Pamplona, solicitó mismas penas, además de la cualificación 3º del art. 180.1 CP (SAPN 38/2018, de 20 de marzo, antecedentes de hecho 3º, 4º, 5º y 6º).

El 16/11/2017 comenzó el juicio oral contra el grupo de "La Manada", celebrándose a puerta cerrada para proteger la intimidad personal de la víctima y denunciante, a la vez que la de los acusados ante una exposición pública excesiva e indeseable. Al día siguiente hubo grandes concentraciones que reunían a miles de personas en apoyo a la

[96] Europapress, "El fiscal pide 22 años y 10 meses de prisión para cada uno de los acusados por la violación de Sanfermines", en *Europapress*, 2017. Disponible en: http://www.europapress.es/navarra/noticia-fiscal-pide-22-anos-10-meses-prision-cada-acusados-violacion-sanfermines-20170504121652.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

víctima, bajo el lema, que más adelante continuó repitiéndose en múltiples manifestaciones: "yo sí te creo"[97].

Los días 27 y 28 de ese mismo mes de noviembre se celebraron las dos únicas sesiones públicas en las que se permitió el ingreso a la sala del juicio de la prensa de distintos medios de comunicación y del público. En estas sesiones, lo que aconteció fueron las conclusiones tanto del MF, como de las acusaciones particulares y la defensa, exponiendo en la sala del juicio los informes finales que acreditarían ante el Tribunal. El último día, los cinco acusados ejercitaron su derecho a la última palabra para señalar que eran inocentes y que confiaban en la justicia[98]; tras lo cual el caso quedó visto para la sentencia.

La mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, se hizo pública el 26/04/2018, concluyendo, como se mencionó anteriormente, que no hubo ni violación ni agresión sexual, sino abuso sexual agravado, condenando a cada uno de los imputados a 9 años de prisión: "[...] Condenamos a los procesados por cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, en el subtipo agravado por acceso carnal, previsto y penado en el Art. 181 3 y 4 del Código Penal […] El delito continuado de abuso sexual por el que condenamos no sólo es homogéneo, en cuanto que excluye alguno de dichos elementos que conforman el tipo de agresión –homogeneidad descendente– (concepto que extraen de la doctrina de la STS 47/2013, de 29 de enero), sino que por ello es más beneficioso y correlativamente está sancionado con pena menor, en definitiva se trata de tipos homogéneos […] Por ello pese a que no se ha formulado acusación por el delito continuado de abuso sexual sobre el que proyectamos la condena, no se infringe el principio acusatorio, ni se causa indefensión a los acusados" (pp. 114 y 115 de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo).

Respecto del delito de robo con intimidación, el Tribunal en la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, consideró en la cuarta consideración jurídica, apartado b)[99]: "no hallamos elementos de prueba para conformar el marco típico del delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.1 del Código Penal por el que vienen acusados los cinco procesados" (p. 113). En el apartado c) al respecto del delito contra la intimidad, determinan que tampoco podrían apreciarlo porque la joven en sede judicial el 8 de julio no denunció tal delito: "[...] La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No

[97] BORRAZ, M., "Una 'manada feminista' clama en Madrid contra el cuestionamiento de la víctima de Sanfermines: 'Yo sí te creo'", en *Eldiario.es*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/concentracion-multitudinaria-cuestionamiento-victima-Sanfermines_0_709030060.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[98] Europapress, "La última palabra de 'La Manada' en el juicio por la supuesta violación: 'Me declaro inocente, confío en la justicia'", en *Ecodiario.es,* 2017. Disponible en: http://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/8775731/11/17/Los-acusados-de-la-supuesta-violacion-grupal-en-su-turno-de-ultima-palabraMe-declaro-inocente-confio-en-la-justicia.html (Fecha de consulta: 04/05/2018).

[99] A partir de esta entrada las referencias numéricas a páginas concretas serán siempre respecto de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo.

se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado" (p. 117).

6.3.2. Claves fundamentales de la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo

Antes de entrar a analizar cada punto reseñable de esta sentencia tan controvertida se hará un resumen del fallo de la misma por la cual se condenó finalmente a los cinco acusados como autores de cinco delitos continuados de abuso sexual con prevalimiento, en el subtipo agravado por el acceso carnal (art. 181. 3 y 4 CP). Asimismo, la APN les condenó a 5 años de libertad vigilada, más el pago de 1.531,37€ al Servicio Navarro de Salud por la asistencia sanitaria que se prestó a la víctima, sumado a una indemnización a la víctima de 50.000€ por el daño moral ocasionado (aplicando el art. 576 LEC). Finalmente, se condenó a uno de los acusados por delito leve de hurto del art. 234.2 CP del teléfono móvil de la víctima[100] (pp. 127 a 132).

A. ¿Por qué abuso sexual del subtipo agravado y no agresión sexual o violación?

El art. 181 CP tipifica el delito de abuso sexual como la realización de actos que atentan contra la libertad o indemnidad de otra persona sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento. La distinción con la agresión sexual del art. 178 CP estriba en que en este último caso sí es necesario, según expone el tipo penal, que exista violencia o intimidación.

Ahora bien, respecto del factor violencia, la sentencia establece que la jurisprudencia determina la violencia típica de este delito como la agresión física mediante el uso de la fuerza. Así explica la SAPN 38/2018, de 20 de marzo que la STS 2ª 380/2004 de 19 marzo: "[...] La jurisprudencia de esta Sala ha considerado en general que la violencia a la que se refiere el artículo 178 del Código Penal, que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de los actos de contenido sexual, equivale a acometimiento, coacción o imposición material (STS 1145/1998, de 7 de octubre y STS 1546/2002, de 23 de septiembre, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima (STS 409/2000, de 13 de marzo) y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible

[100] SAPN 38/2018, de 20 de marzo: "[…] reiteramos nuestra valoración, sobre la relevancia de la sustracción del teléfono móvil de la denunciante, más allá del "simple hurto por avaricia." que le atribuye el procesado; en efecto, dada su condición de agente de la Guardia Civil, por tanto con una especial formación en la investigación de delitos, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono, del que retiró las tarjetas, impedía la reacción inmediata de la denunciante, quien no conocía la ciudad, a la que había llegado en compañía de un amigo, y las posibilidades de pedir ayuda o contactar con cualquier persona", p. 93.

desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual" (p. 96).

Por ello, el Tribunal entiende que las acusaciones particulares y populares no han llegado a probar el empleo de un medio físico que doblegase la voluntad de la víctima que, en base a la jurisprudencia, implicaría una agresión con violencia o mediante el empleo de golpes, empujones, arañazos; en definitiva, fuerza suficiente para lograr el vencimiento de la voluntad de la víctima de tal manera que se la obligase a realizar actos de naturaleza sexual integrándose la violencia como un aspecto del tipo delictivo de agresión sexual.

En segundo lugar, en cuanto a la intimidación, el Tribunal sentenciador precisó que este concepto ya fue definido por la jurisprudencia como constreñimiento psicológico que consistiría en el empleo de amenazas a la víctima para que realice o sea participe de una concreta acción sexual.

De este modo, en la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, se establece que ya "la STS 2ª 9/2016 de 21 de enero: "[...] La jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato (STS 914/2008, de 22 de diciembre), bastando que sea grave, futuro y verosímil, (STS 355/2015, de 28 de mayo). Mal, que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado" (pp. 97 y 98).

Así, el Tribunal concluye, que habida cuenta de las circunstancias concretas y de los hechos que se conocen del caso, no puede apreciar que haya intimidación y de tal modo, no puede fundar el tipo de agresión sexual ya que en base a la abundante jurisprudencia que reseña, requiere como requisitos que fuese una intimidación "seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado".

En tercer lugar, la Sentencia afirma que hubo prevalimiento, circunstancia que agravó el tipo en su forma básica de abuso sexual (art. 183.3 CP), ya que los acusados acordaron de manera voluntaria una situación de preeminencia sobre la víctima, que puede llegar a apreciarse de manera objetiva y que les generó, sin dudas, una posición de privilegio sobre ella. Aprovechándose de esa superioridad, abusaron sexualmente de la víctima, quien no prestó su consentimiento de manera libre, sino viciada, bajo coacción o presionada por la situación.

Así el Tribunal establece que "[…] el actual Art. 181.3, en la redacción conferida por la LO 11/1999 de 1 de mayo, no se conforma con que el atentado a la libertad sexual se produzca mediando una situación de superioridad manifiesta por parte del sujeto activo, el tipo requiere del prevalimiento, al tipificar la conducta: '[...] cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima'". Según una constante doctrina

jurisprudencial, en la descripción típica se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente "manifiesta", es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea "eficaz", por tanto debe tener relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce" (p. 100).

Por último, el Tribunal apreció que existía el subtipo agravado de abuso sexual por acceso carnal del art. 181.4 CP, que en relación con los anteriores apartados del art. 181 CP agrava la conducta "cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías". Aclarando en la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, que se basan en lo ya "[…] declarado probado y así lo justificamos, la realización de penetraciones bucales sobre la denunciante por parte de todos los procesados, ha sido reconocida por ellos en todo momento y algunas de ellas se reflejan en los videos que hemos examinado" (p. 107).

B. El consentimiento por parte de la víctima

Respecto del consentimiento de la víctima, el Tribunal estimó que los cinco acusados, a través de su acción en grupo, llegaron a conformar –con total voluntad y conocimiento pleno lo que estaban haciendo– un contexto de opresión que les facilitó una situación de clara superioridad sobre la víctima de la cual pudieron prevalerse, provocándole que fuese sometida y sumisa ante tamaña situación. Así, impidieron entre los cinco que la víctima pudiese actuar con el libre ejercicio de su autodeterminación en el ámbito sexual; la cual, de este modo no prestó su consentimiento libre, sino viciado, coaccionado o bajo la presión infligida por la situación. Además, señalar que no hay vestigios que permitan concluir que hubiese una actuación concertada entre la víctima y sus victimarios (p. 99).

C. Calificación como delito continuado

La sentencia estima que existe una continuidad delictiva en los hechos cometidos respecto del delito de abuso sexual y para ello se ampara en la jurisprudencia sentada sobre la calificación jurídica por la actuación directa de varios sujetos activos, en la que apreciándose la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial e identidad del sujeto pasivo como víctima; configura un contexto en el que se llevan a cabo los hechos, intercambiando los papeles en la práctica sexual que –no sin existir excepciones al caso– se decantaría por cometer uno o varios de estos delitos continuados (STS 2ª 786/2017, de 30 de noviembre, p. 108).

De tal manera, el Tribunal arguye que si considerase los delitos perpetrados por los sujetos activos como delitos autónomos, constituirían dos delitos para cada uno de

los acusados, uno como autor material de los hechos por sus propios actos y otro como cooperador necesario respecto de la creación del contexto del que se llegaron a prevaler abusando de su superioridad respecto de los accesos carnales llevados a cabo por los demás componentes del grupo; pero con ello, determina el Tribunal, se infringiría la proporcionalidad que requiere la respuesta penal, ya que la concurrencia de al menos dos delitos exigirían la imposición de dos penas, que aplicándose en su mitad inferior, llegarían a los 7 años de prisión (p. 109).

Asimismo, según considera el Tribunal, si se condenase a los acusados por dos delitos autónomos se infringiría el principio acusatorio, ya que los sujetos activos fueron acusados por un delito continuado.

D. El principio acusatorio

En este apartado es necesario reiterar que, si bien todas las acusaciones formularon su acusación respecto del delito de agresión sexual, finalmente el Tribunal condenó a todos los acusados por abuso sexual. No obstante, el Tribunal se centró en aclarar que con ello no se infringiría el principio acusatorio, ni se causaría indefensión alguna, ya que el delito continuado por abuso sexual por el que se está condenando no es homogéneo, puesto que llega a excluir varios elementos de los que podrían conformar el tipo de agresión (homogeneidad descendente, y al ser ello más beneficioso y estar correlativamente sancionado con una pena menor, en definitiva se trataría de tipos homogéneos penalmente (pp. 109 y 110).

En la sentencia se señala que la jurisprudencia ha mantenido de manera reiterada la existencia de la mencionada relación de homogeneidad descendente respecto de los expresados delitos. Así la STS 2ª 47/2013, de 29 de enero determina que "[…] En relación con los delitos de agresión sexual y de abuso sexual con prevalimiento, la jurisprudencia ha entendido que no se produce infracción del principio acusatorio cuando se acusa por el primero y se condena por el segundo, siempre que se mantengan sustancialmente los hechos de la acusación, al entender que se trata de delitos homogéneos, en tanto que protegen el mismo bien jurídico y la voluntad contraria de la víctima se supera con la violencia o intimidación, que generan la superioridad del agresor, o en un grado menor mediante el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; y siendo el segundo menos grave que el primero en relación a las penas previstas para cada caso" (p. 110).

Ahora bien, lo esencial para el Tribunal, además de todo lo anteriormente mencionado, sería que los sujetos activos pudieron conocer de los hechos de los que eran acusados en toda su extensión y en relación a ello, pudieron llegar a alegar y probar cuanto estimaron conveniente en sus escritos de defensa. Aparte, el orden en que se practicaron las pruebas permitió, tanto a las acusaciones como a las defensas, tener pleno conocimiento de todos y cada uno de los componentes y elementos fácticos, que

bajo el criterio mayoritario de la Sala de la AP de Navarra, fueron tenidos en cuenta para motivar la sentencia (p. 112).

E. El voto particular discrepante

Uno de los tres jueces que conformaba el Tribunal sentenciador formuló un voto particular discrepante con sus otros dos compañeros que ha dado lugar a innumerables reacciones por parte de diferentes sectores de la sociedad. Veamos cuál es la base de su argumentación.

Según el criterio de este Magistrado, no cabría considerar los hechos que declaran probados en la SAPN 38/2018, de 20 de marzo como constitutivos del delito continuado de agresión sexual (arts. 178, 179, 180.1, 1º, 2º y 3º CP) por las mismas razones que se argumentaron en la sentencia con voto mayoritario, pero con la diferencia de que para este juez lo que procedería sería la absolución de los cinco acusados y no la condena por otro tipo delictivo; pues ello quebrantaría el principio acusatorio ya que el debate acontecido entre las acusaciones y las defensas se basó al respecto de si los hechos sexuales llevados a cabo por los cinco acusados habían procedido con el consentimiento de la sujeto pasivo, o sin dicho consentimiento, si se hubiese anulado su libertad sexual al haberse empleado contra ella la violencia o intimidación necesarias para alcanzar la realización de los citados actos, sin que ninguna de las acusaciones hiciese valer como plausible el delito de abuso sexual por los acusados (pp. 171, 175, 326 y 347).

6.3.3. Repercusiones para la víctima tras conocerse la sentencia

En este apartado se analizan algunos de los motivos y repercusiones negativas que ha sufrido la víctima respecto del concepto tratado hasta el momento como victimización secundaria, la cual, como ahora mismo se verá, se incrementó aún más tras la publicación de la sentencia. También se mencionará, en último lugar, el motivo de alegría respecto de lo que su suceso ha provocado en la conciencia social y cómo miles de personas se lanzaron a la calle en señal de apoyo.

Tras la denuncia de la joven madrileña en los Sanfermines de 2016, ésta no ha dejado de ser cuestionada durante estos dos años. Se llegaron a publicar datos de carácter personal, fotos suyas actuales, incluso los videos de los calificados como abusos sexuales, de tal manera que quizás el único motivo de alegría a su favor, sea la repercusión social y el debate jurídico y político que ello ha provocado respecto de la concepción de la agresión sexual.

Aparte de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo que rebajó la agresión sexual denunciada a abuso sexual en el subtipo agravado de prevalimiento por los hechos acaecidos

en el portal nº5 de la calle Paulino Caballero de Pamplona, la difusión de sus datos íntimos en el propio fallo y la publicación posterior de su intimidad en varias páginas web, pueden considerarse argumentos más que suficientes para que la víctima se sienta, al menos, dolida y víctima por segunda vez.

A. Publicación sin consentimiento de los datos personales de la víctima

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra (en adelante, TSJN) reenvió a los medios de comunicación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra por la que se condenó a los cinco componentes del grupo de "La Manada", sin tapar del archivo en formato PDF el código de seguro de verificación[101]. De esta manera, al introducir ese código en la página web de la Administración de Navarra, se pudo acceder a la resolución completa con los detalles sobre los datos personales de todos los intervinientes sin protección alguna, ni sobre la víctima ni sobre los cinco condenados[102].

Si bien es cierto que el Tribunal que sentenció el caso recordó a los medios de comunicación sobre su obligación de no difundir los pasajes concretos que afectaban a la intimidad de la víctima, éste no avisó de la necesidad de borrar ese código que se sitúa en la parte lateral de la citada sentencia; y a la que cualquiera de nosotros tiene acceso por múltiples vías y páginas webs.

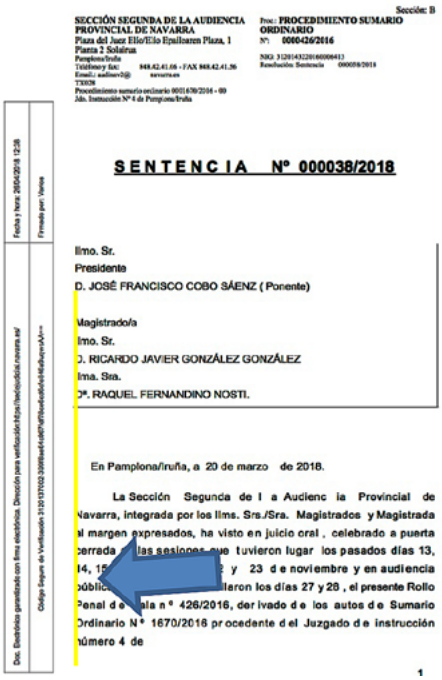
Pese a ello, varios medios de comunicación llegaron a publicar la sentencia completa con todos los detalles, de tal manera que cualquier lector podía conocer su contenido. Este fallo constituye un quebrantamiento a la privacidad de los datos íntimos que allí constan, lo cual fue advertido por varios usuarios de las redes sociales[103], más en un caso tan polémico y mediático al que multitud de personas han querido tener acceso.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), determina un régimen sancionador (art. 48) al que estarían sujetos los responsables de los ficheros y los que se encargan del tratamiento de esos datos. Se concede una protección extrema a los vinculados con la vida sexual. Así, dentro de las faltas graves del art. 45.2 LOPD, se sancionaría esta conducta con multa

[101] A.L. "Desde que denunció su violación en julio de 2016, la víctima de 'La Manada' ha visto cómo su sufrimiento ha sido sepultado por la bajeza de unos y el cuestionamiento de otros hacia su relato y su persona", en *El Español,* 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/eemodules/ESPContentBodyParserMO/mo.html?p=eyJjb250ZW50SWQiOjMwNTQ3MDQxOCwibGF5b3V0VHlwZSI6Im1vYmlsZSJ9&h=aa70 (Fecha de consulta: 05/05/2018).

[102] Agencias, "Un error de la Audiencia de Navarra permitía acceder a los datos personales de la víctima de 'La Manada'", en *El Mundo,* 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2018/05/06/5aedec1c268e3e02648b463c.html (Fecha de consulta: 05/05/2018).

[103] Redacción, "La Policía investiga la publicación de datos personales de la víctima de La Manada", en *La Vanguardia*, 2018. Disponible en: http://www.lavanguardia.com/sucesos/20180502/443196229359/la-policia-investiga-la-publicacion-de-datos-personales-de-la-victima-de-la-manada.html (Fecha de consulta: 05/05/2018).



Sección: B

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA
Plaza del Juez Elio/Elio Epailearen Plaza, 1
Planta 2 Solárus
Pamplona/Iruña
Teléfono y fax: 848.42.41.66 - FAX 848.42.41.56
Email.: audiencia2@
31028
Procedimiento sumario ordinario 0001670/2016 - 00
Jdo. Instrucción Nº 4 de Pamplona/Iruña

Proc: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO
Nº: 0000426/2016

NIG: 3120143320160000413
Resolución: Sentencia 000038/2018

Fecha y hora: 26/04/2018 12:28
Firmado por: Varios

Doc. Electrónico generado con firma electrónica. Dirección para verificación https://sedejudicial.navarra.es/
Código Seguro de Verificación: 313013703320000a6fc4d67ff4f8bedcd0d4bd8e0ecA==

SENTENCIA Nº 000038/2018

Ilmo. Sr.
Presidente
D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ (Ponente)

Magistrado/a
Ilmo. Sr.
D. RICARDO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Ilma. Sra.
Dª. RAQUEL FERNANDINO NOSTI.

En Pamplona/Iruña, a 20 de marzo de 2018.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, integrada por los Ilms. Srs./Sra. Magistrados y Magistrada al margen expresados, ha visto en juicio oral, celebrado a puerta cerrada [illegible] las sesiones que tuvieron lugar los pasados días 13, 14, 15 [illegible] y 23 de noviembre y en audiencia pública [illegible] aron los días 27 y 28, el presente Rollo Penal de [illegible]ala nº 426/2016, derivado de los autos de Sumario Ordinario Nº 1670/2016 procedente del Juzgado de instrucción número 4 de

1

Imagen propia creada a través de una captura de pantalla de la publicación de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo.

que rondaría entre los 40.001€ y los 300.000€, conducta definida en el art. 44.2.h) LOPD como "mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen".

B. La propia sentencia

Cuando la AP de Navarra emitió su condena de 9 años de prisión para cada uno de los miembros de "La Manada" por el delito de abuso sexual con prevalimiento, el fallo de la sentencia supuso una rebaja considerable respecto de la que se esperaba obtener por parte de la acusación particular y popular, incluso a la del MF que llegó a pedir 22 años de prisión para cada uno de ellos.

En el apartado de hechos probados de la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, el Tribunal llegó a admitir que la víctima "sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados" (p. 16). Prosigue la sentencia señalando que los agresores, entonces procesados, conocían y pudieron aprovecharse de la situación de la víctima en el mínimo espacio del portal en el que se hallaban para llevar a cabo diversos

actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de manera que había un común acuerdo por parte de los cinco. En la sentencia se determina que la víctima fue penetrada por vía vaginal, bucal y anal, siendo en el desarrollo de esta escena cuando uno de ellos grabó 6 videos con una duración en suma de 59 segundos, 2 fotografías, y un séptimo vídeo de 39 segundos. Después de todo aquello, se marcharon, siendo el último de ellos quien le sustrajo el teléfono móvil a la víctima.

Cuando la joven advirtió que estaba sola, se vistió y buscó en su riñonera el móvil para llamar a "R", y al comprobar que no estaba aumentó su malestar e inquietud, empezó a llorar y salió así a la calle hasta el banco donde aquella pareja la encontró (p. 17)

No obstante, el hecho de que la joven no se opusiese ni verbal ni físicamente ante aquella situación en la que sus agresores perpetraban los actos sexuales, llevó a considerar a los miembros mayoritarios del Tribunal de la AP de Navarra que lo acontecido constituía un caso de abuso y no de agresión sexual o violación.

A esta considerable rebaja de la pena por el tipo penal aplicado se sumó el voto particular del tercer juez que formaba el tribunal –discrepante con los otros dos miembros– en el cual el magistrado Ricardo González mantuvo una postura a favor de la absolución de los cinco acusados, considerando que la víctima "no sintió dolor ninguno" (p. 247). Además sostuvo que "con absoluta firmeza y de forma coincidente los cinco, han manifestado sin fisuras que en ningún momento utilizaron la violencia contra la denunciante, que en ningún momento la amenazaron de ninguna manera, que no la obligaron, ni forzaron a hacer absolutamente nada que no quisiera y no solo esto, todos además han coincidido en manifestar con igual firmeza no solo que la denunciante consintió las relaciones, sino que todos ellos actuaron bajo el convencimiento de que quería mantenerlas y además, de que disfrutó de las mismas, convencimiento que se reforzaba al escuchar sus gemidos, al ver la expresión de su rostro durante las prácticas sexuales que compartieron y por el hecho de que todo parecía indicarles que ella las aceptaba de buen grado pues en ningún momento mostró oposición, malestar, negativa o incomodidad alguna" (p. 313).

Por su parte, la ONU calificó la sentencia de leve y la coordinadora ejecutiva y portavoz de Naciones Unidas para asuntos de acoso sexual, Purna Sen[104] señaló que el fallo subestimaba la gravedad de la violación y socavaba la verdadera obligación para los jueces de ser defensores de los derechos de las mujeres.

C. La víctima y el video de "la manada" buscados en páginas web de pornografía

Desde que se hiciera pública la noticia de los hechos ocurridos en los Sanfermines de 2016 y tras su exposición en los medios de comunicación, cada vez hay más personas

[104] EFE/Naciones Unidas, "ONU cree que sentencia de La Manada subestima la "gravedad de la violación"", en *Agencia EFE,* 2018. Disponible en: https://www.efe.com/efe/usa/politica/onu-cree-que-sentencia-de-la-manada-subestima-gravedad-violacion/50000105-3603291 (Fecha de consulta: 07/05/2018).

que realizan búsquedas de los 7 vídeos que se recogen en la sentencia como prueba. A modo de ejemplo, en una entrevista que se le hizo el 4 de mayo de 2018 a Alex Hawkins, vicepresidente de Xhamster.com –una de las páginas web de pornografía con más visitas en el mundo–, afirmaba que "el incremento de búsquedas con el nombre de 'La Manada' en su página web es bastante preocupante"[105], pues cientos de personas al día buscaban conceptos tales como "la manada", "video de la manada", "video de los sanfermines", o su traducción en inglés "*wolfpack*". Hawkins advirtió que hubo una subida vertiginosa de búsquedas bajo estos preceptos justo un día antes de que se hiciese pública la sentencia. Finalmente, la empresa, con sede en Norteamérica, ordenó a fecha de 26 de abril que se bloquease todo contenido de pornografía y búsquedas web en su página que contuviera el concepto "la manada"[106].

D. "Yo no te creo"

Bajo el titular de noticia "yo no te creo"[107], el medio de comunicación "La Tribuna de Cartagena" publicó el 5 de mayo de 2018 un artículo en que no sólo se revelaba sin permiso el nombre completo de la víctima, sino además fotos suyas de fecha reciente de sus redes sociales privadas y capturas de pantalla de los 7 videos que contienen los abusos sexuales con prevalimiento hacia la joven.

Este artículo, en mi opinión reprochable por muchos motivos, en resumidas cuentas lo que venía a sostener eran los argumentos expuestos por el magistrado discrepante, afirmando al final del artículo que lo expuesto por la joven no era sino una denuncia falsa.

Ahora bien, habría que tener en cuenta cómo se sentiría la víctima de estos hechos cuando por desgracia tuviese que leer los argumentos que da este redactor para justificar su postura extrayendo extractos de la parte de la sentencia del voto discrepante, añadiendo su postura subjetiva personal. Veamos: "mira, niña... ¡yo no te creo!, precisamente porque tengo una hija de 18 años, precisamente porque respeto a cualquier mujer, porque soy hijo de mujer, padre de mujer y hermano de mujeres, precisamente porque no tolero ningún abuso de los muchísimos que se producen contra las mujeres, precisamente porque comparto absolutamente ese eslogan que se está gritando en todas las manifestaciones de mujeres (mujeres manipuladas por la opinión pública en tu defensa) de "NO ES NO". Pero es que tú, niña, no dijiste "NO" en ningún momento […] Irse con cinco tipos a un hotel –repito– no es para jugar a las cartas. Quisiste ir de

[105] LÓPEZ FRÍAS, D. y ESPARTERO, M., "Una de las grandes web porno advierte de que cientos de españoles buscan el vídeo de La Manada" en *El Español,* 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/reportajes/20180504/grandes-porno-advierte-cientos-espanoles-buscan-manada/304719560_0.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[106] Ídem.

[107] LARRAZÁBAL, M., "Yo no te creo", en *La Tribuna de Cartagena,* 2018. Disponible en: http://latribunadecartagena.com/not/5441/yo-no-te-creo (Fecha de consulta: 07/05/2018).

"guay" y tener una experiencia de liberación femenina de esas de la que tanto se habla –e incluso se aconseja– ahora con la "ideología de género"; o llevabas tal borrachera que, en lugar de cantar "Asturias patria querida" –como debería hace cualquier joven normal cuando se emborracha– decidiste montártelo con cinco macarras de mierda […] Pero fuiste a follar. Nadie te obligó. Lo hiciste porque te lo pidió –borracho o no– tu cuerpo serrano […] Por mucho que el lobby feminista se nos meta hasta en la sopa y haga que baile a su son la justicia, el miserable ministro Catalá, presentadoras de televisión, actrices, cantantes, grandes intelectuales como Lucía Etxebarría, partidos, sindicatos, aficionados del fútbol, colectivos LGTBI y la madre que los parió a todos, niña... ¡Yo no te creo! […] No echaste a correr ni pediste auxilio porque ibas a lo que ibas, a pegarte una pasada de orgía y desenfreno con cinco desconocidos"[108].

Unos días más tarde de la publicación de este artículo, el 12 de mayo de 2018, uno de los componentes del grupo de "La Manada" hizo pública una carta escrita de su puño y letra en el mismo medio de comunicación que había redactado el anterior artículo (la Tribuna de Cartagena)[109].

Esta publicación muestra los extractos manuscritos del Guardia Civil que la redactó, Antonio Manuel Guerrero[110], y denuncia la repercusión del caso y al fallo de la sentencia como "una caza de brujas" contra los cinco hombres de Sevilla. Asegura que él "no es ningún violador, ni abusador, ni odio a las mujeres y no escupo fuego por la boca"; concluyendo que es consciente de que a raíz de esta misiva se escribirán cientos de publicaciones y comentarios, pero que él aún confía "en la justicia y su independencia".

Guerrero hace referencia a algunos de los interrogantes que él considera relevantes y que son propios de salir en el programa de "cuarto milenio, dado los fenómenos paranormales que hemos vivido a lo largo del procedimiento […] Pero una duda, acláranos si eran 4 o 5. ¿Acláranos si entraste a la fuerza o a fumarte un porro? ¿Si estás incomoda, porque te besas con uno en el portal? ¿Cómo podemos justificar la masturbación que protagonizas en el video? ¿De verdad alguien se creerá que cuando tienes el pene en la mano fue porque te tropezaste y te agarraste para no caerte? Es grotesco, yo no lo veo creíble […]"[111].

En la carta –dirigida principalmente a la víctima–, Guerrero, en tono irónico desde la prisión, señala los hechos que –según su versión– le han conducido a la cárcel, lanzando de manera directa a la víctima alguna de las preguntas referidas en el párrafo anterior sobre los abusos sexuales.

---

[108] Ídem.

[109] Redacción, "El guardia civil de 'La Manada' hace pública una carta a través de La Tribuna de Cartagena", en *La Tribuna de Cartagena*, 2018. Disponible en: http://latribunadecartagena.com/not/5513/el-guardia-civil-de-la-manada-hace-publica-una-carta-a-traves-de-la-tribuna-de-cartagena (Fecha de consulta: 16/05/2018).

[110] Único nombre de víctima y victimarios del caso de "la manada" empleado en este TFM, al haber sido él mismo en su misiva publicada en la Tribuna de Cartagena el que expone su nombre, e incluso su DNI.

[111] Redacción. La Tribuna de Cartagena, op. cit.

Al comienzo, se presenta, empleando su nombre y apellidos reales e ironiza sobre el caso que les ha llevado a los cinco a prisión, señalando que de todos ellos se han publicado y emitido imágenes y videos en diversos programas de televisión, salvo en el que él considera más acertado: "Cuarto milenio".

Prosigue el agente de la Guardia Civil, negando que él o alguno de sus cuatro amigos usasen la droga de "burundanga" con la madrileña, incidiendo en que ésta nunca se negó a mantener relaciones sexuales con ellos. Tras lo cual, se muestra porque en "Pamplona y Navarra se presentan como acusación popular, porque no piensan tolerar ninguna agresión a mujeres en su comunidad (excepto en la agresión a dos mujeres de Guardias Civiles en Alsasua, ese tipo de mujeres no cuentan, en este caso se manifiestan a favor)"[112].

Reprocha a la sociedad, refiriéndose a la parte que apoya a la víctima como la "muchedumbre" que ya tenía preparadas las manifestaciones y protestas para salir a la calle. Tras lo cual, hace una defensa de los jueces, señalando que su versión, y por ende el fallo de la sentencia, es debido a que "han visto un juicio y un sumario, cosa que la inmensa mayoría de la gente no". Aprovecha esta carta para defender el voto del Magistrado disidente con el fallo de sus dos compañeros, refiriéndose a él del siguiente modo: "es un magistrado de la Audiencia Provincial, no es Elisa Beni, Lucia Exteberria o Joaquín Prat. Es una persona seria, profesional y que sabe de lo que habla […] a todas estas personas les puedo garantizar que, al menos uno de los tres magistrados, le importa bastante poco lo que se diga en la televisión y en las redes sociales. Ellos son jueces y su misión es impartir justicia, no cazar brujas"[113].

E. Dos de los foros con más audiencia de españa difunden datos personales de la víctima

Los foros web más potentes en cuanto a visitas y búsquedas a nivel nacional, "Forocoches" y la "Burbuja info", tras la publicación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra emitieron datos íntimos de la víctima como su nombre completo, fotografías y datos de su perfil de *Linkedin*[114]. Tras los hechos, la Unidad de Ciberdelincuencia del Cuerpo Nacional de Policía remitió un informe al Juzgado con todos los datos hallados en una recopilación que incluye información e imágenes compartidas en la web sobre la víctima.

Como consecuencia, al día siguiente de la citada publicación en el foro (el 4/05/2018), la página web de "Forocoches" decidió publicar un comunicado –que aparece en la página según cualquier usuario la habilita en su pantalla–, firmado por Alex Marín (CEO forocoches.com). En sus 11 puntos es reseñable lo siguiente: "Comunicado oficial de Forocoches. En vista de los acontecimientos ocurridos durante los últimos

[112] Ídem.

[113] Ídem.

[114] MOYA, C., "La Policía investiga la publicación de datos personales de la víctima de 'La Manada'", en *elPeriodico*, 2018. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180503/policia-investiga-publicacion-datos-victima-la-manada-6797395 (Fecha de consulta: 07/05/2018).

días, desde Forocoches nos gustaría comunicar lo siguiente: 1.- Varios medios nacionales filtraron diversos datos de la víctima del caso de "la manada", los cuales aún mantienen esta información online (DNI de la víctima con información visible, lugar de estudios, nombre real emitido en *primetime* durante una entrevista y actualmente colgado en su web, etc.). No fueron los usuarios de Forocoches u otros foros los que filtraron de forma inicial esta información a Internet, sino varios medios nacionales mostrando una gran irresponsabilidad […] 10.- La libertad de expresión y de opinión ha sido siempre una bandera enarbolada en Forocoches, tanto en cuanto a límites del humor como a manifestaciones políticas, religiosas, etc. Pero siempre enmarcada bajo la legalidad vigente. 11.- Pedimos disculpas a tod@s los que se hayan sentido ofendidos no sólo en este caso sino históricamente por lo dicho en el foro. Como respuesta, además de la ampliación del staff de equipo de control, se está estudiando un nuevo sistema de reportes entre los usuarios así como un buzón de reporte externo que permita tener línea directa con los administradores en el caso que se les quiera comunicar cualquier incidencia"[115].

Respecto de la web "la burbuja info", aún no se ha hallado resquicio alguno de disculpa ni a la víctima ni a los victimarios respecto de la publicación de sus datos personales.

F. Definición de los acusados por parte de su abogado

Tras la interposición de la denuncia, los dos abogados de los cinco miembros de "La Manada" intentaron quitarle credibilidad a las palabras de la víctima, que como defensa debía intentar poner en tela de juicio el relato y la versión que la víctima ofrecía. Ahora bien, uno de los dos letrados, Agustín Martínez, decidió hacer pública su versión de los hechos ante los medios de comunicación desde el principio hasta el final del proceso judicial. Según esta versión, emitida por el abogado de la defensa sí, pero también uno de los líderes de "Biris Norte", afirmó que los videos que se grabaron en el portal no son sino "una película de porno-rural hecha por cinco paletos"[116].

Por otro lado, durante el juicio oral, Martínez cuestionó la forma que tenía de sentarse la víctima mientras duró su declaración (sentada sobre una de sus piernas apoyada en la silla), y que la vida social de la joven fuese "normal" tras emitir una denuncia por violación. Según su valoración, estos comportamientos no resultaban coherentes con la actitud que, según su punto de vista, debía tener una víctima de agresión sexual, pues no parecía en el juicio que tuviera síntoma alguno de estar abatida[117].

[115] MARÍN, A., "Comunicado Oficial de Forocoches", en *Forocoches.com*, 2018. Disponible en: https://www.forocoches.com/foro/showthread.php?t=6417373 (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[116] JABOIS, M., "La otra batalla del juicio", en *El País*, 2017. Disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/11/22/actualidad/1511383157_364068.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[117] POZAS, A. y GARCÍA, M., "El juicio a 'la Manada' en diez frases", en *Cadena Ser,* 2018. Disponible en: http://cadenaser.com/emisora/2017/11/28/radio_pamplona/1511895568_579213.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

G. La defensa letrada de la víctima

A continuación, el análisis se centrará en el apartado de la sentencia en el que Tribunal decide absolver como culpables del delito contra la intimidad de la joven madrileña a los cinco acusados, pues habría que cuestionar si el hecho mismo de la grabación de los 7 videos que aparecen como prueba en la propia sentencia no son sino imágenes cogidas sin el consentimiento, y quizás conocimiento, de la víctima; ya que ni siquiera los abogados de la víctima denunciaron este extremo.

En la citada sentencia se determina que, aunque en el escrito de acusación presentado por el MF y las acusaciones particulares se incluía este delito, el hecho de que no existiese una denuncia previa de aquellas grabaciones, ni que se interrogase a las partes sobre este extremo, motivó la absolución. En mi opinión, si –como la víctima afirma–, tenía los ojos cerrados durante todo lo ocurrido, quizás ni siquiera sabía de la existencia de los citados videos, por tanto ¿cómo iba a poder denunciarlo? Cuestión que se haya tanto dentro de los hechos probados (p. 16), como en la valoración en detalle de las fuentes de prueba del apartado tercero que se centra en la justificación probatoria (p. 60). Además, en el interrogatorio recopilado de la sala 102 de la AP de Navarra, la propia víctima así lo afirmó[118].

No obstante, si se les hubiese llegado a juzgar por la citada acusación, el Tribunal habría incurrido en un delito contra el art. 118 a) LECrim, en la que se expone que aquel que estuviese encausado tiene "derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa".

6.3.4. Repercusiones para los victimarios tras conocerse la sentencia

Habida cuenta que este TFM versa sobre las consecuencias y repercusiones que padece la víctima de los delitos sexuales mediante las nuevas tecnologías, este apartado no podrá extenderse más de lo necesario al no ser el objeto principal de estudio. Sin embargo, en un análisis que estudia a fondo el papel de la víctima no debe olvidarse aquel que ocupa el victimario.

En no pocas ocasiones la persona que ha delinquido –en este caso, los miembros del grupo "La Manada"–, se convierten sin buscarlo en una víctima más del aparato institucional y, por supuesto, mediático. De tal manera, aquella persona que cometió

[118] ORTIZ, A. M., "Declaración íntegra: La víctima de 'La Manada' al tribunal: 'Sentía que les estaba jodiendo la vida, que era mi culpa lo ocurrido'", en *El Mundo*, 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2017/12/05/5a26f8f546163f7c318b4593.html (Fecha de consulta: 07/05/2018)

un delito cuando aparece en los medios de comunicación o en las redes sociales, comienza a sufrir los insultos y vejaciones por parte de todo aquel postulado del lado de la víctima real del delito.

En muchas ocasiones esta clase de "marginación social"[119] deriva en que el victimario conciba como única salida posible la reiteración en la delincuencia, pues, si planteamos este supuesto respecto del caso real de los victimarios de "La Manada", pensemos: ¿Quién contrataría como empleado a uno de ellos? ¿Quién querría sentarse en el cine a su lado? ¿Quién estaría dispuesto a no aprovechar la oportunidad de hacer fotografías la próxima vez que se encuentre a uno de ellos cerca de otra mujer? Posiblemente consecuencias todas ellas de un orden social patológico y quizás ¿inevitable?

Una vez en prisión la vida empeorará considerablemente para ellos y en gran parte de las ocasiones, trascurridos varios días tendrán que volver ante el Juez y explicar su (¿nueva?) versión de los hechos. ¿A qué o a quién se debe este cambio? En cualquier caso, el victimario teme por las represalias que puedan recaer sobre su persona, su familia y allegados. Así, esta clase de victimizaciones (secundaria y terciaria), no queridas ni buscadas por la Ley, en mi opinión, han pasado de forma fehaciente a la realidad práctica del proceso judicial y sus repercusiones sociales, económicas y mediáticas.

6.3.5. Apoyo a la víctima

Aunque los motivos de victimización secundaria han sido diversos, como motivo de apoyo sólo podrá mostrarse uno –aunque de gran peso–: el apoyo social de multitud de personas.

Tras salir a la luz la SAPN 38/2018, de 20 de marzo, comenzó un extenso debate judicial a favor y en contra de la sentencia pero también por parte de Asociaciones de jueces que ponían el acento en la reacción de insultos hacia un Tribunal[120]; y paralelamente un debate social, por todos conocido, sobre la cuestión de qué es, o qué debería considerarse y qué no una violación.

En todo el país miles de personas acudieron a las calles para emitir su protesta contra el fallo judicial. En concreto, en las manifestaciones pudo oírse la voz de diversos colectivos y agrupaciones que señalaban que el hecho de no hubiese violencia física por parte de los acusados o que la víctima no opusiese resistencia verbal ni física, no excluye la existencia de agresión sexual[121].

---

[119] LANDROVE DÍAZ, G., "La victimización del delincuente", en BERISTAÍN IPIÑA, A. (Ed.) *Victimología: VIII Cursos de Verano de San Sebastián,* 1990, pp. 151-154.

[120] Redacción, "Las asociaciones de jueces, alarmadas por los 'insultos' y la 'crítica furibunda' al tribunal de 'la manada'", en *El diario*, 2018. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/asociaciones-jueces-fiscales-defensa-tribunal_0_765723733.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[121] BORRAZ, M., Op. Cit.

No sólo en las calles se encontró respaldo y apoyo a la versión de la víctima, también en diferentes redes sociales bajo el lema escuchado en las manifestaciones: "yo sí te creo"[122]. A su vez, distintos miembros de la carrera judicial se pronunciaron expresamente sobre su postura acerca de afirmar que se trató de una agresión sexual[123].

6.3.6. Reacción política

Inclusive el Ministro de Justicia, Rafael Catalá, se mostró partidario de llegar a efectuar una reforma en el CP para que se delimite, aún más, y se determine mejor cuándo se estaría ante un delito de abuso o agresión sexual.[124] Tras conocerse el fallo de la sentencia, el Ministro encargó a la Comisión de Codificación del CP que llevase a cabo un estudio sobre la reforma legal de estos delitos para que sucesos como los contenidos en la citada sentencia se considerasen violación.

Ahora bien, la citada Comisión no tardó en pronunciarse y no fueron pocas las voces en contra de la mencionada reforma legal, haciendo referencia a que en todo caso sólo sería necesario cambiar algún detalle, no lo sustancial del articulado. Además, ello abrió un debate paralelo sobre la equidad en la composición de la citada comisión[125].

Por último, reseñar que el propio Muñoz Conde[126], renunció a su acta como vocal de la Comisión de Codificación del CP, pues esta reforma le recordaba, según sus propias palabras "al sano sentimiento del pueblo" incluido en el CP de Alemania durante la época del nazismo. Así, el catedrático emérito, considera "inadmisible" que la reacción de la opinión pública ante las consecuencias de un ataque como el de "La

---

[122] ÁLVAREZ, P., "Juristas y expertas feministas critican la sentencia de La Manada: 'Es una vergüenza'", en *El País*, 2018. Disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2018/04/26/actualidad/1524732623_919919.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[122] T. F., "Las redes se llenan de mensajes de apoyo a la víctima de La Manada: 'Yo sí te creo'", en *El Confidencial*, 2018. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-26/la-manada-juicio-sentencia-twitter-apoyo-victima_1555398/ (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[123] DÍAZ. M., "Carta de tres juezas a la víctima de 'la Manada': 'Estamos de acuerdo en que fue violación'", en *El Español*, 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/reportajes/20180506/carta-juezas-victima-manada-acuerdo-violacion/305219925_0.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[124] Redacción, "Catalá afirma que 'hay que promover una revisión' del Código Penal tras la sentencia de 'La Manada'", en *Radio Televisión Española*, 2018. Disponible en: http://www.rtve.es/noticias/20180426/catala-afirma-hay-promover-revision-del-codigo-penal-tras-sentencia-manada/1722980.shtml (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[125] EFE, "La 'Comisión Catalá' no comenzará a trabajar hasta tener un reparto 'equilibrado' de hombres y mujeres", en *El Mundo*, 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2018/05/10/5af4574ee2704edb1e8b45db.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

[126] CET, "El catedrático Muñoz Conde dimite porque la reforma de los delitos sexuales le recuerda al nazismo", en *Europapress*, 2018. Disponible en: http://www.europapress.es/sociedad/noticia-catedratico-munoz-conde-dimite-porque-reforma-delitos-sexuales-le-recuerda-nazismo-20180508232914.html (Fecha de consulta: 07/05/2018).

Manada" conlleve reformas "coyunturales" en la legislación vigente, incrementando el derecho penal e imponiendo a su vez, a los jueces, unos conceptos legales cada vez más complicados de interpretar; pues, según Muñoz Conde, si no se mantienen las diferencias existentes entre ambos delitos, se caería en una "demagogia punitiva".

En mi opinión, lo que quiere decir el catedrático de derecho penal, es que normas hay y están ahí con sus diferencias sustanciales para poder ser interpretadas y aplicadas por los jueces, otra cuestión es que este Tribunal en concreto, teniendo en cuenta todas la pruebas aportadas, decidiese que la interpretación que mejor se ajustaba a los hechos era la de abuso y no la de agresión o violación, cuestión que no quita que existan estos dos últimos preceptos ya en el CP y puedan ser aplicados cuando, bajo el libre arbitrio[127] de los jueces, lo consideren oportuno para un caso concreto.

6.3.7. Nuevas consideraciones tras conocerse la STS 2200/2019, de 4 de Julio: "la intimidación ambiental"

Tras un tedioso proceso penal, en el que víctima y victimarios han padecido en su propia piel todas aquellas consecuencias que agravan aun más su condición de parte en un proceso judicial mediatizado; finalmente el TS ha condenado a los miembros de "la manada" por un delito de violación (arts. 178 y 179 CP), y no ya por abuso sexual, a 15 años de prisión a cada uno de ellos; trayendo como consecuencia directa el aumento en 6 años la pena de prisión privativa de libertad. Asimismo, castiga a uno de los integrantes a 2 años de prisión adicionales por el delito de robo con intimidación (art. 242 CP), sustituyendo la anterior pena que recaía sobre él por el delito de hurto.

En un comunicado[128] que emitió el TS el día 21 de junio de 2019, ya adelantaba que en ningún caso los hechos acaecidos podrían ser constitutivos de un delito de abuso sexual, calificando las resoluciones de los Tribunales precedentes de "incorrectas".

Todo ello lo desarrolla en la STS 2200/2019, de 4 de julio[129], en la cual la Sala 2º del TS se apoya en que el relato fáctico describe y se desarrolla en el ámbito de una "intimidación ambiental", situación que provocó que la víctima adopte una posición de sumisión o sometimiento ante la intensa angustia que le produjo. Es decir, para el alto Tribunal no existe duda alguna en que hubo fuerza para conducir a la víctima a un lugar angosto en el cual procedieron a la violación, donde la víctima no vislumbraba salida alguna.

---

[127] NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, 2000, pp. 142-151. ISBN: 9788434416468.

[128] Comunicado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el recurso de casación 396/2019. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Comunicado-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-sobre-el-recurso-de-casacion-396-2019 (21 de junio de 2019).

[129] Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 2200/2019, de 4 de julio. http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/83c2e5bfb97cf31a

En este sentido: "La citada intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, y la diferencia con el consentimiento viciado que caracteriza el delito de abuso sexual, también lo analiza la sentencia de esta Sala 1169/2004, de 18 de octubre , en los siguientes términos: "El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del articulo 181 del Código Penal , exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal , se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos. […]

En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos" .[130]

El TS matiza que también se erró en la calificación jurídica inicial al considerarse que había acaecido un único delito continuado de abuso sexual (es decir, art. 181 y 182 en relación con el art. 74 CP), aclarando, que lo que se produjo fue una pluralidad de delitos de agresión sexual; no obstante, como este extremo no se llegó a impugnar, no se modificó en la Sentencia.

Finalmente, resta por señalar que la pena se eleva para todos ellos al apreciarse dos agravantes específicas del propio tipo penal: en primer lugar, el trato vejatorio hacia la víctima, cuya prueba son los diversos videos en los que los victimarios se jactaban de sus actos. En segundo lugar, la agravante de haber cometido el hecho mediante la actuación en conjunto de dos o más personas como autores y como cooperadores.

7. Conclusiones

7.1. ¿Victimización secundaria?

La propuesta de este trabajo de investigación es que el concepto comúnmente conocido como "victimización secundaria" tendría que analizarse en el lugar que le co-

[130] Extracto de la STS 2200/2019 de 4 de julio.

rresponde, es decir, en mi opinión, esta victimización es la que sufren las personas en su exposición y rememora de los delitos sufridos por sus victimarios en el proceso penal. De tal modo que, en el momento en el que se las expone en los medios de comunicación y en la red de internet, aquellas víctimas que sufren delitos sexuales en su piel o en su exposición en las redes sociales, deben concebirse como víctimas secundarias en un grado, si cabe, aún más elevado que sería el segundo grado de esta victimización, o dicho de otro modo, aquellas que sufren el agravio de una "tercera re-victimización".

Desde los medios de comunicación o vía internet lo que se viene haciendo, en mi opinión, lo denominaría tercera re-victimización, puesto que en muchas ocasiones, tras un proceso judicial penal en el que deben enfrentarse a sus victimarios y revivir ante el juez aquello que les ocurrió, se les vuelve a responsabilizar en los medios o en las redes sociales, de forma clara y pública, a la que en realidad es la víctima del delito y no su precursora. Siendo además que esta persona, como se mencionó anteriormente, la mayoría de las veces es una mujer o un menor de edad, debe cargar de nuevo con la "culpa" por parte de quienes la acusan: "no haberte hecho esas fotos de puta", "hay que ver lo corta que llevas la falda, ¿de qué te quejas?", o "es que, ¿a quién se le ocurre ir sola a esas horas de la noche?". En todos estos supuestos lo que yo encuentro es de nuevo la victimización para ella, pues quienes escriben este tipo de comentarios en internet lo que pretenden es opinar, agredir y en ningún caso facilitar ayuda.

Y cuando esas palabras llegan a los oídos de la víctima, que ya previamente ha sufrido en su persona el delito tipificado en el CP, más un proceso judicial penal, lo que ocurre es que vuelve a ser víctima por partida triple, ahora sí, de cara a todo el público que decide acceder al contenido o al que le llega reenviado el mismo; pues en muchas ocasiones, la red pasa a ser una gran sala para todo el público donde los juicios de valor no siempre son en defensa de la víctima, al contrario, se cuestiona tanto su comportamiento, como su ética o directamente se pasa a insultos, justificando la agresión y a los agresores.

Aunque por otra parte, es indudable el papel de las redes sociales y medios en la ayuda positiva para difundir campañas de apoyo a las víctimas, manifestaciones o mensajes en su defensa alertando de los nuevos riesgos y engaños; no es menos cierto que internet se ha convertido en un auténtico escenario para muchas de las víctimas de agresiones de carácter sexual que son triplemente víctimas al tener que soportar la exposición pública de sus datos íntimos sin consentimiento.

7.2. ¿Se están satisfaciendo las necesidades de la víctima en estas situaciones?

Como se analizó, las necesidades de las víctimas de delitos sexuales son múltiples, como múltiples son las situaciones en las que se encuentran y a las que se enfrentan. Se comprobó que desde las AAPP se están llevando a cabo diversas propuestas para mejorar su situación, sin embargo, al atender a las confesiones de las mujeres objeto de los

estudios mencionados pueden encontrarse aun grandes deficiencias en los planos más importantes sobre los que actuar y seguir trabajando.

A continuación se expondrán de manera resumida los puntos sobre los que se está trabajando y sobre los que toca avanzar, sobre todo de cara a la prevención de la violencia sexual y de la violencia en la web, cuestión que no puede corregirse de otro modo más que con la educación de víctimas y victimarios y, sobre todo, de aquellas personas que aún no han entrado en ninguna de estas categorías.

En términos generales, sería esencial analizar los resultados que puedan hallarse de todos los estudios posibles sobre esta cuestión para confrontarlos con las normas y planes de actuación vigentes y comprobar si se están cumpliendo y no solo aplicando.

Además de la educación que, en mi opinión, es el punto clave sobre el que deben actuar las AAPP y cualquiera de las entidades que se dedique a la prevención y ayuda de las víctimas, los puntos esenciales sobre los que se debe seguir trabajando para eliminar las deficiencias serían los siguientes:

— Hacer visible socialmente la posición de las víctimas para lograr un consenso y apoyo social respecto de las mismas, es decir, mantener un discurso coherente y común.
— Ofrecer a las víctimas una protección eficaz y facilitarle el acceso a los recursos, garantizándoles una ayuda especializada a las víctimas extranjeras sin recursos lingüísticos o de otra índole.
— Propiciar una autonomía económica mientras dure el proceso de victimización frente a su agresor sexual.
— Mejorar la atención de los profesionales (policía, médicos o letrados) respecto de las necesidades que puedan tener las víctimas antes, durante y tras el proceso judicial. En este sentido, también es importante atender a la formación, rendición de cuentas y la coordinación que debe haber entre estos profesionales.
— Proteger los intereses y necesidades de los menores a cargo de las víctimas para que puedan afrontar de una manera adecuada su recuperación.

7.3. Falta de literatura sobre las víctimas adultas de delitos sexuales en los medios tecnológicos

Como se ha mencionado, una de las observaciones más relevantes y claramente apreciables por cualquier usuario es la falta y necesidad de mayor literatura sobre la victimización secundaria, o al menos, sobre las víctimas de delitos sexuales y delitos informáticos en personas adultas. Estos delitos, estas víctimas, necesitan una mayor cobertura de análisis para enfocar el tema y poder analizarlo desde todas las perspectivas, y no sólo desde el plano infantil, o en todo caso, de los menores de edad.

Es importante conocer el punto de vista de las personas adultas que sufren esta clase de delitos, para saber sobre qué puntos habría que centrarse por parte de los entes de ayuda y apoyo, sobre todo de cara a ofrecer una educación que permita que esta violencia sexual no se genere ni físicamente ni mediante los medios tecnológicos en las generaciones venideras; y actuar eficientemente sobre aquellos que ya entraron en las categorías de víctimas y victimarios.

Es cierto que delitos como la pornografía infantil o el *ciberbullying* son una lacra en nuestra sociedad, y que deben eliminarse y combatirse desde la Ley, pero no es menos cierto que si se atiende, además, a los comportamientos de aquellos que ya sufrieron estos delitos, podría conocerse de qué modo incidir en la educación de adultos, adolescentes y menores para que estas conductas no tengan más cobertura.

7.4. Dificultad en la persecución de los delitos informáticos

Por último, otra de las conclusiones esenciales obtenidas en el análisis de este TFM es que conocer de estos delitos puede resultar *a priori* sencillo. Ahora bien, la persecución de los delitos sexuales informáticos es mucho más compleja que la de los delitos sexuales físicos.

Internet dificulta en cualquier caso poder descubrir quiénes están detrás de los medios tecnológicos con lo que cometen los delitos, y a ello habría que añadirle el hecho de que multitud de víctimas sientan que se tienen que enfrentar, en algunos casos cuando el victimarios es desconocido, a personas "invisibles", difíciles de encontrar y frente a cuyos mensajes, coacciones o amenazas no les queda más remedio que resignarse.

Ahora bien, no todo es motivo de escándalo, pues las FFyCCSE cada vez poseen técnicas y mecanismos más precisos para localizar e identificar a los ciberdelincuentes, especialistas informáticos.

Pero si vamos directamente a la parte procesal, conforme el art. 299 LECrim respecto de la investigación criminal debe tenerse en cuenta: en primer lugar, los datos de tráfico atendiendo a cuáles seguirán las medidas de investigación más eficaces para combatirlo por parte de los profesionales en la materia; tras lo cual se llegaría a las fases de investigación, las pruebas periciales e indiciarias y su enjuiciamiento.

En las nuevas formas delictuales de las que forman parte las tecnologías de la comunicación e información, se dan una serie de condicionantes que complican la investigación y enjuiciamiento[131]:

[131] RAYÓN BALLESTEROS, M. C., y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A., "Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento" en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, 2014, pp. 209-234. ISSN: 1133-3677.

— Las nuevas tecnologías facilitan que se cometan nuevos hechos dañinos y, a su vez, que se oculte rápidamente el rastro de los mismos. Los avances diarios en las tecnologías de la comunicación e información complican su investigación y enjuiciamiento. Es de sobra conocido que los sucesos van siempre por delante de las regulaciones normativas, y por ende de su sanción punitiva. De este modo, hay múltiples complicaciones para el poder legislativo y judicial respecto de saber y comprender el mundo de internet e intranet, ya que su propio desarrollo supera los límites asumibles hasta el momento. De tal manera que el resultado final es el vacío legal y la inadaptación respecto de algunos aspectos que afectan directamente al ámbito penal.
— El tipificar los hechos delictivos, que previamente son tan sólo conductas reprochables, resulta complicado, ya que en multitud de ocasiones las acciones llevadas a cabo por los ciberdelincuentes son tan novedosas que no se encuentran recogidas en el CP, de tal menara que el poder legislativo y judicial se enfrentan a una demanda de gran complejidad técnica y jurídica. Por ello, se hacen necesarias políticas flexibles y modernas que se ajusten a una delincuencia en constante cambio. A modo de solución, quizás sería deseable para estos delitos informáticos que el legislador crease tipos penales abiertos para que los jueces tengan margen de actuación; así, se podría realizar una reelaboración de las categorías fundamentales de la parte material del derecho y su procedimiento, pues sobre los mismos descansa la responsabilidad criminal, a fin de poder perseguir las conductas novedosas cualquiera que sea el estado en el que se hallen las novedades informáticas. Todo ello, sin caer en el arbitrio judicial en el que podría derivar un tipo penal abierto, como en mi opinión ocurre en la actualidad con la interpretación extensiva de los casos de Cassandra[132], el rapero Hasel[133] o de Strawberry[134] por el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP.
— Otro punto clave en su persecución sería la formación especializada de los componentes del poder judicial que se vayan a dedicar a enjuiciar estos delitos, puesto que, en general, existe bastante desinformación respecto de aspectos informáticos y tecnológicos muy específicos de los que deben hacerse eco por parte de los profesionales de la informática. De tal modo que de esta forma puedan comprender el alcance de las medidas que deben imponerse respecto del cómo se han cometido los hechos delictivos.
— También podría aumentarse la dotación destinada a la investigación de esta clase de tipología delictiva tanto en el plano de los profesionales (policías o jue-

[132] SAN 9/2017, de 29 de marzo. Tuitera absuelta posteriormente por el Tribunal Supremo del delito de humillación a las víctimas por sus chistes sobre Carrero Blanco.

[133] STS 106/2015, de 19 de febrero.

[134] STS 4/2017, de 18 de enero.

ces), como en el plano material facilitándoles nuevas herramientas que ayuden a mejorar las técnicas de persecución de estos delitos.

— En diferentes trabajos que se han podido analizar a lo largo de este TFM se repite la idea de que resulta frecuente que los autores de los delitos sexuales informáticos se enmascaren tras una falsa identidad mediante el uso de apodos o suplantando identidades de terceras personas. Asimismo, se ha comprobado que intentan mantenerse en el anonimato, empleando mecanismos como el proxy. Incluso, valiéndose de la trasnacionalidad de la web, el victimario podría emplear servidores de diferentes Estados, de tal manera que sea muy complicado localizarlo; o incluso cuando se le localizase geográficamente, en el momento de la interceptación ya no se hallaría en dicha ubicación, valiéndose de *wifis* públicas que dificultan su personificación. Cuestiones que deben tenerse en cuenta de cara a emprender la investigación criminal, puesto que todo ello hace imposible –en ocasiones– que se personalice la identidad del victimario, quedando así impune el delito.

— Finalmente, señalar que esta clase de delitos –como la pornografía infantil entre otros–, puede darse en múltiples Estados y pasar los datos de unos a otros sin frontera ninguna exige que el tratamiento que deba darse tanto desde el plano jurídico material como procesal lo sea también desde el ámbito del derecho internacional, pues la acción unilateral de cada Estado bajo su normativa es cuasi incompatible con la lucha contra la ciberdelincuencia en una red global. De tal manera, quizás sea necesaria la armonización de ciertas normas mediante Tratados Internacionales que hagan más específica e intensiva la colaboración, cooperación y solidaridad internacional para hacer frente a la ciberdelincuencia.

8. Bibliografía

ADELA MONTERO, V., y CARMEN CERDA, A. “Principales necesidades de atención de las víctimas de delitos sexuales” en *Revista Sogia,* nº 9, 2012. Disponible en: https://www.cemera.cl/sogia/pdf/2002/IX3principales.pdf

AGUDO FERNÁNDEZ, E., PERRINO PÉREZ, Á. L., y JAÉN VALLEJO, M., *La víctima en la Justicia Penal: el Estatuto jurídico de la víctima del delito,* Madrid: Dykinson, 2016. ISBN: 978-84-9085-740-3.

AGUSTINA, J. R., y GÓMEZ-DURAN E. L. “Factores de riesgo asociados al sexting como umbral de diversas formas de victimización”, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política,* nº 22, 2016. ISSN 1699-8154.

ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ANATRELLA, T., *La diferencia prohibida. Sexualidad, educación y violencia. La herencia de mayo de 1968*, Encuentro, 2008. ISBN 8474908752.

ARAOS DÍAZ, C., "Victimología, tipos de víctimas y delincuencia", en *Psicología Jurídica Forense y Ciencias del Comportamiento Aplicadas,* 2012. Disponible en: https://cristianaraos.com/2011/02/13/victimologia-tipos-de-victimas-y-psicologia-forense-por-cristian-araos-diaz/

BENEDUCE, T. y NESPOLI, R., "Morte Tiziana, indagati i 4 ragazzi a cui mandò i video porno", en *Corriere della Sera,* 2016. Disponible en: http://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/cronaca/16_settembre_15/morte-tiziana-prima-uccidersi-l-ultima-telefonata-suo-ex-fidanzato-a29c95a4-7b0a-11e6-a30c-c26992d2881d.shtml?refresh_ce-cp

BLANCO RUIZ, M., "Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes", en *Revista Comunicación y Medios*, nº 30, 2014, pp. 124-141. ISSN-e 0719-1529, ISSN 0716-3991.

BRINGUÉ, X., y SÁDABA, C., *La generación interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Ariel y Fundación Telefónica, 2009. ISBN 978-84-08-09111-0.

CAÑARTE RODRÍGUEZ, T. C., "Cyberbullying: el acoso a través de las redes sociales en jóvenes universitarios", en *Revista Dominio de las Ciencias*. Volumen 3, 2017, pp. 174 a 185. ISSN-e 2477-8818.

CASTELLÓ NICAS, N., "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor" como Bloque II en: Morillas Cueva, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 489-512. ISBN: 978-84-9085-434-1.

Clarín, "La presión de la red. El video sexual que terminó en una tragedia" en *Clarín*, 2016. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/video-sexual-termino-tragedia_0_S13Fpbdn.html

Comunicación Poder Judicial, "El juez mantiene en prisión a los cinco procesados por una supuesta violación grupal a una joven en los Sanfermines", en *Consejo General del Poder Judicial*, 2016. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-juez-mantiene-en-prision-a-los-cinco-procesados-por-una-supuesta-violacion-grupal-a-una-joven-en-los-Sanfermines

Comunicado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el recurso de casación 396/2019. Disponible en: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Comunicado-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-sobre-el-recurso-de-casacion-396-2019

COSCOLLOLA FEIXA, M. A., "Aspectos prácticos del Estatuto de la Víctima del delito, en el proceso penal (fase de instrucción)", en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, pp. 19-23. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Coscollola%20Feixa%20M.%20Antonia%20doc.pdf?idFile=62a9963e-bda2-4448-8599-d6d88b86108b

CUEVAS, C. A; FINKELHOR, D; ORMROD, R. y TURNER, H., "Psychiatric Diagnosis as a Risk Marker for Victimization in a National Sample of Children", en *Journal of Interpersonal Violence*, volumen 24, nº 4, 2009, pp. 640-651.

Defensoría del Pueblo, "Violencia sexual en el Perú: Un análisis de casos judiciales". *Adjuntía para los derechos de la mujer*. Informe de adjuntía Nº 4 (DP/ADM), 2011, pp. 101-118. Disponible en: https://www.repositoriopncvfs.pe/wp-content/uploads/2016/08/Violencia-sexual-en-el-Perú-Análisis-de-casos-judiciales.pdf

DELGADO MARTÍN, J., "La victimización reiterada de personas vulnerables: tratamiento del riesgo en el proceso penal", en *Estudios de derecho judicial*, nº 121, 2007, pp. 17-21. ISSN 1137-3520

ECHEBURRÚA, E., y CORRAL, P., "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", en *Cuadernos de Medicina Forense*, nº 44, 2006, pp. 75-82, versión On-line ISSN 1988-61. Disponible en: http://www.cuadernosdemedicinaforense.es/revistasanteriores/cmf043-044/revista43-44art06.htm

EVANS, S., "Devastated woman hanged herself after sex tape leaked online sparking barrage of abuse", en *The Mirror*, 2016. Disponible en: https://www.mirror.co.uk/news/world-news/devastated-woman-hanged-herself-after-8843476

FERNÁNDEZ BELTRÁN, F. "Nuevos medios para la comunicación interna". Tesis Doctoral, 2006. Disponible en: http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10464/08_nuevosmedios.pdf

FERNÁNDEZ DOYAGUE, A., "La denominada violencia cibernética. Internet y las redes sociales". *Abogacía Española*, 2014. Disponible en: http://www.abogacia.es/2014/11/26/la-denominada-violencia-cibernetica-internet-y-las-redes-sociales/

FH, R. N., "El nuevo delito de acoso ilegítimo o stalking", en *Noticias Jurídicas*, 2016. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10989-el-nuevo-delito-de-acoso-ilegitimo-o-stalking-art-172-ter-cp/

FRIEDMAN, S. H. Y LOUE, S., "Incidence and prevalence of intimate partner violence by and against women with severe mental illness", en *Journal of Women's Health*, nº 16, 2007.

GALENCE, V. P., "El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming", en *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses,* nº15, 2011.

GARCÍA-GUILABER, N., "Actividades cotidianas de los jóvenes en Internet y victimización por malware". En Monográfico "Ciberdelincuencia y cibervictimización". *Revista de Internet Derecho y Política*, nº22. Universitat Oberta de Catalunya, 2016. ISSN 1699-8154.

GARCÍA PABLOS, A., "El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)", en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

GUERRA, C. y CHAMARRITA, F., "Sintomatología en víctimas de abuso sexual: ¿son importantes las características "objetivas" del abuso?" en *Revista de psicología*, nº 24, 2015, pp. 6-19. ISSN 0716-8039.

HOLMA, K. M; MELARTIN, T. K; HAUKKA, J; HOLMA, I. A. K; SOKERO, T. P; ISOMETSA, E. T., "Incidence and predictors of suicide attempts in DSM-IV major depressive disorder: a five year prospective study*",* en *American Journal of Psychiatry,* nº 167, 2010, pp. 801-808. Documento obtenido a través de la pág. web de la Universidad de Cambridge. En la revista *Psychological Medicine,* nº 43, 2012. Disponible en: https://www.cambridge.org/core/journals/psychological-medicine/article/prospective-study-of-risk-factors-for-suicidal-behavior-in-individuals-with-anxiety-disorders/C41A01090C7221E4A6F3364AD3042953

HOYOS VÁSQUEZ, G. Et al., *Las Víctimas Frente a la Búsqueda de la Verdad y la Reparación en Colombia*. Pontifica Universidad Javeriana, 2007. ISBN: 978-958-716-012-3.

KREUTER, E.A., *Victim Vulnerability: An Existential-Humanistic Interpretation of a Single Case Study.* Nova Science, 2006. ISBN: 1-60021-282-4.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. ISBN: 978-84-9053-426-7.

LOINAZ, I; ECHEBURÚA, E; IRURETA, M., "Trastornos mentales como factor de riesgo de victimización violenta", en *Revista de Psicología Conductual*, Volumen 19, nº 2, 2011, pp. 426 a 431.

LÓPEZ SÁNCHEZ, F., "Abuso sexual en España, un problema desconocido". En CASADO FLORES, J; DÍAZ HUERTAS, J. A; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C. (Ed.) *Niños Maltratados*. Díaz de Santos, 2012.

MARCELO TENCA, A. *Delitos sexuales*. Argentina: Astrea, 2011. ISBN 13:978-9505085538.

MARÍN, A., "Comunicado Oficial de Forocoches", en *Forocoches.com*, 2018. Disponible en: https://www.forocoches.com/foro/showthread.php?t=6417373

MARTÍNEZ OTERO, J. M., "La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico", en *Derecom,* nº12, 2013. ISSN: 1988-2629.

MESEGUER GONZÁLEZ, J. D., "Tratamiento y protección penal contra el ciberacoso escolar o cyberbullying", en *El derecho*, 2014. Disponible en: http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/ciberseguridad/Tratamiento-proteccion-ciberacoso-menores-cyberbullying_11_485680003.html

MATA BARRANCO, N. J., "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017. ISSN 1695-0194.

Memoria elevada al Gobierno de s. m. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín, Madrid, 2017. Ed:

Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia NIPO: 056-15-002-7. ISSN: 1889-7118

Ministerio del Interior, "Anuario estadístico del Ministerio del Interior, 2016". Tabla 3-1-1. Infracciones penales. Hechos conocidos. Total nacional. Serie histórica 2012-2016. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 2017. Documento PDF. ISSN 1888-8619.

Ministerio del Interior, "Estudio sobre la ciber-criminalidad en España". Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación y Estudios, apdo. 4, 2017.

NAVARRO, B. y PETERS, B., "Pornography harms society", Sexual Values. Opposing Viewpoints, Cozic, 1995.

NIETO GARCÍA, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, 2000. ISBN: 9788434416468.

Observatorio Español de Delitos Informáticos, "*Observatorio Español de Delitos Informáticos | Información, análisis, estadísticas y ayuda contra los delitos informáticos*", 2018. Disponible en: http://oedi.es/estadisticas/

PEREDA BELTRÁN, N., "Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil", en *Revista: Papeles del Psicólogo*, Volumen 31, nº 2, 2010. ISSN 0214-7823.

PORRAS, A. J. "Privacidad en internet: los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva". Tesis Doctoral. Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2015. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10092/TESIS%20Gonz%C3%A1lez%20Porras.pdf?sequence=1&isAllowed=y

RAYÓN BALLESTEROS, M. C., y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A., "Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, 2014, pp. 209-234. ISSN: 1133-3677.

Recovery Labs, "*Delitos Informáticos*". Departamento de Peritaje Informático, 2015. http://www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/definicion.html

RICH. P., "Understanding, Assessing, and Rehabilitating. Juvenile Sexual Offenders". JohnWiley & Sons, 2011. Publicado por la Universitat Oberta de Catalunya bajo la lectura del análisis de: BIGAS FORMATJÉ, N., "¿Cómo prevenir los delitos sexuales contra menores y reinsertar a los delincuentes?". Universidat Oberta de Catalunya, 2017. Disponible en: https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2017/025-jornada-criminologia.html

SIERRA CRISTÓBAL, R., "Los derechos de la víctima en el proceso vs. medios de comunicación. Un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015. ISSN: 0211-5743.

SILVAN MIRACLE, E., ASTIGARRAGA ZULAICA, J. M., y NAREDO MOLERO, M. "Informe de identificación de necesidades y obstáculos encontrados por las mujeres víctimas de violencia de género en el acceso efectivo a los servicios y prestaciones de apoyo, atención y justicia". *Asociación pro Derechos Humanos Argituz. Departamento de Acción Social*, 2015. Disponible en: http://www.bizkaia.eus/

Gizartekintza/Genero_Indarkeria/pdf/dokumentuak/Mujeres_rurales_VG_c.pdf ?hash=67c23ef649d4629d2eca869aee8be1db

SORIA VERDE, M.A., *Manual de Psicología Jurídica e Intervención Criminal.* Pirámide, 2005. I.S.B.N.: 978-84-368-2008-9.

SORIANO, J., "Las mujeres ante la información sobre violencia de género", en *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, nº 4, Esfera Pública, 2004. ISSN 1180-9210.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*. B de F. 2017. ISBN: 978-84-15276-67-8.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "Ciberdelincuencia y cibervictimización", en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, nº 22, 2016. ISSN 1699-8154.

TAMARIT SUMALLA, J. M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., y FILELLA, G., "Secondary Victimization and Victim Assistance", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volumen 18, nº 3, 2010. ISSN 0928-9569.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, 2016: "El juez procesa por cinco delitos de agresión sexual a los encarcelados por una supuesta violación grupal a una joven en los Sanfermines". Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uNPDtffp5TAJ:www.poderjudicial.es/stfls/SALA%2520DE%2520PRENSA/NOTAS%2520DE%2520PRENSA/20160809%2520NdP_procesamiento_agresio%25CC%2581n_sexual_Sanfermines.pdf+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=es&client=safarihttp://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uNPDtffp5TAJ:www.poderjudicial.es/stfls/SALA%2520DE%2520PRENSA/NOTAS%2520DE%2520PRENSA/20160809%2520NdP_procesamiento_agresio%25CC%2581n_sexual_Sanfermines.pdf+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=es&client=safari

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ ADILLÓN, M. J., "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18, 2016. ISSN-e 1695-0194

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN13:9788490864456.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación", en *Revista de estudios penales y criminológicos*, Volumen 34, 2014, pp. 639-712. ISSN 1137-7550.

A) Jurisprudencia

Auto de sobreseimiento y archivo, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), de 15/03/2013. Firmado por la juez María del Carmen Neira Formigo, como juez del Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz.

SAP Lleida. Sección 1º, 90/2004, de 25 de febrero.
SAP Navarra. Sección 2º, 38/2018, de 20 de marzo.
SAN Sección 4º, 9/2017, de 29 de marzo.
STS Sala Segunda de lo Penal 2200/2019, de 4 de julio.
STEDH caso de Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia oy c. Finlandia, nº 931/13, 27 de junio de 2017.
STEDH caso de Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido nº 26766/05 y 22228/06, de 15 de diciembre de 2011.
STEDH caso de Fernández Martínez c. España, nº 56030/07, de 12 de junio de 2014.
STS. Sala segunda de lo Penal, Sección 1º 551/2014, de 10 de junio.
STS Sala segunda de lo Penal, Sección 1º 106/2015, de 19 de febrero.
STS Sala segunda de lo Penal, Sección 1º 4/2017, de 18 de enero.

B) Normativa

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.
Decisión Marco del Consejo, 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Diario Oficial n° L/082 de 22/03/2001. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32001F0220
Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.
Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Resolución A/RES/40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, de la Asamblea General de la ONU. http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx

C) Artículos periodísticos

Agencias, "Un error de la Audiencia de Navarra permitía acceder a los datos personales de la víctima de 'La Manada'", en *El Mundo,* 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2018/05/06/5aedec1c268e3e02648b463c.html

A. L. "Desde que denunció su violación en julio de 2016, la víctima de 'La Manada' ha visto cómo su sufrimiento ha sido sepultado por la bajeza de unos y el cuestionamiento de otros hacia su relato y su persona", en *El Español,* 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/eemodules/ESPContentBodyParserMO/mo.html?p=eyJjb250ZW50SWQiOjMwNTQ3MDQxOCwibGF5b3V0VHlwZSI6Im1vYmlsZSJ9&h=aa70

ALTOZANO, M. "La 'ciberintimidad' de Olvido Hormigos" en *El País*, 2013, disponible en: https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html

ÁLVAREZ, P., "Juristas y expertas feministas critican la sentencia de La Manada: 'Es una vergüenza'", en *El País*, 2018. Disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2018/04/26/actualidad/1524732623_919919.html

ARCOLACI, A., "La madre di Tiziana Cantone: "Archiviazione? Non mi arrendo, lotterò per mia figlia"", en *Vanity Fair*, 2017. Disponible en: https://www.vanityfair.it/news/diritti/2017/09/12/tiziana-cantone-suicidio-processo-madre

BORRAZ, M., "Una 'manada feminista' clama en Madrid contra el cuestionamiento de la víctima de Sanfermines: 'Yo sí te creo'", en *Eldiario.es*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/concentracion-multitudinaria-cuestionamiento-victima-Sanfermines_0_709030060.html

BORRAZ, M. y PÉREZ MENDOZA, S. "Agresiones sexuales en Sanfermines: 'En las fiestas se crea un clima de que todo vale'" en *Eldiario.es*, 2016. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/San-Fermin-agresiones-machistas-fiestas_0_536146900.html

CET, "El catedrático Muñoz Conde dimite porque la reforma de los delitos sexuales le recuerda al nazismo", en *Europapress*, 2018. Disponible en: http://www.europapress.es/sociedad/noticia-catedratico-munoz-conde-dimite-porque-reforma-delitos-sexuales-le-recuerda-nazismo-20180508232914.html

Diario Crítico, "La política que también fue chantajeada con un vídeo privado aprovecha el tirón mediático en 'Interviú" en *Diario Crítico,* 2012, disponible en: https://www.diariocritico.com/noticia/418540/im-presentable/la-politica-que-tambien-fue-chantajeada-con-un-video-privado-aprovecha-el-tiron-mediatico-en-interviu.html

DÍAZ. M., "Carta de tres juezas a la víctima de 'la Manada': 'Estamos de acuerdo en que fue violación'", en *El Español*, 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/reportajes/20180506/carta-juezas-victima-manada-acuerdo-violacion/305219925_0.html

EFE, "La 'Comisión Catalá' no comenzará a trabajar hasta tener un reparto 'equilibrado' de hombres y mujeres", en *El Mundo*, 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2018/05/10/5af4574ee2704edb1e8b45db.html

EFE/Naciones Unidas, "ONU cree que sentencia de La Manada subestima la 'gravedad de la violación'", en *Agencia EFE,* 2018. Disponible en: https://www.efe.com/

efe/usa/politica/onu-cree-que-sentencia-de-la-manada-subestima-gravedad-violacion/50000105-3603291

EFE, "Italia investiga si se indujo al suicidio a esta joven protagonista de vídeos sexuales en Internet", en *Huffington Post,* 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/09/15/sexo-suicidio_n_12021654.html

EFE, "El alcalde y el futbolista del vídeo de Hormigos piden archivar el caso". *El Mundo,* 2012*,* disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/24/espana/1351089804.html

EFE, "Los denunciados por la concejala de Los Yébenes Olvido Hormigos piden el archivo del caso" en *20minutos*, 2012, disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/1627508/0/olvido-hormigos/imputados/archivo-del-caso/#xtor=AD-15&xts=46726

El Mundo, "Aluvión de muestras de solidaridad con Olvido", en *El Mundo,* 2012, disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/06/espana/1346913889.html

Europapress, "El fiscal pide 22 años y 10 meses de prisión para cada uno de los acusados por la violación de Sanfermines", en *Europapress*, 2017. Disponible en: http://www.europapress.es/navarra/noticia-fiscal-pide-22-anos-10-meses-prision-cada-acusados-violacion-sanfermines-20170504121652.html

Europapress, "La última palabra de 'La Manada' en el juicio por la supuesta violación: 'Me declaro inocente, confío en la justicia'", en *Ecodiario.es,* 2017. Disponible en: http://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/8775731/11/17/Los-acusados-de-la-supuesta-violacion-grupal-en-su-turno-de-ultima-palabraMe-declaro-inocente-confio-en-la-justicia.html

EuropaPress, "Tres amigos de 'la manada' declaran este martes por otro caso de abuso a una joven en Pozoblanco", *Eldiario.es*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/Citados-acusados-violacion-Sanfermines-Pozoblanco_0_717428598.html

JABOIS, M., "La otra batalla del juicio", en *El País*, 2017. Disponible en: https://politica.elpais.com/politica/2017/11/22/actualidad/1511383157_364068.html

JUNQUERA, N., "Entrevista a Olvido Hormigos: En dos horas todo el pueblo tenía mi vídeo" en *El País*, 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346961227_206248.html

LARRAZÁBAL, M., "Yo no te creo", en *La Tribuna de Cartagena,* 2018. Disponible en: http://latribunadecartagena.com/not/5441/yo-no-te-creo

LÓPEZ FRÍAS, D. y ESPARTERO, M., "Una de las grandes web porno advierte de que cientos de españoles buscan el vídeo de La Manada" en *El Español,* 2018. Disponible en: https://www.elespanol.com/reportajes/20180504/grandes-porno-advierte-cientos-espanoles-buscan-manada/304719560_0.html

MOYA, C., "La Policía investiga la publicación de datos personales de la víctima de 'La Manada'", en *elPeriodico*, 2018. Disponible en: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180503/policia-investiga-publicacion-datos-victima-la-manada-6797395

NEGRE, J. y DURÁN, L. F., "El cóctel mortal que ahorcó a la 'influencer' Celia Fuentes", en *El Mundo*, 2017. Disponible en: http://www.elmundo.es/cronica/2017/09/24/59c69ca822601d6c5d8b461e.html

ORTIZ, A. M., "Declaración íntegra: La víctima de 'La Manada' al tribunal: 'Sentía que les estaba jodiendo la vida, que era mi culpa lo ocurrido'", en *El Mundo*, 2018. Disponible en: http://www.elmundo.es/espana/2017/12/05/5a26f8f546163f7c318b4593.html

POZAS, A. y GARCÍA, M., "El juicio a 'la Manada' en diez frases", en *Cadena Ser,* 2018. Disponible en: http://cadenaser.com/emisora/2017/11/28/radio_pamplona/1511895568_579213.html

PRADES, J., "Un patio de vecindario virtual" en *El País*, 2012. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2012/09/06/actualidad/1346959211_521410.html

Redacción, "Catalá afirma que 'hay que promover una revisión' del Código Penal tras la sentencia de 'La Manada'", en *Radio Televisión Española*, 2018. Disponible en: http://www.rtve.es/noticias/20180426/catala-afirma-hay-promover-revision-del-codigo-penal-tras-sentencia-manada/1722980.shtml

Redacción, "'Después queremos violar todos': los chats de 'La Manada' que son clave para la sentencia por violación múltiple", en *La sexta noticias,* 2018. En: http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/despues-queremos-violar-todos-chats-manada-que-son-claves-sentencia-violacion-multiple_201804245adf6e0f0cf220db8622e09f.html

Redacción, "El guardia civil de 'La Manada' hace pública una carta a través de La Tribuna de Cartagena", en *La Tribuna de Cartagena*, 2018. Disponible en: http://latribunadecartagena.com/not/5513/el-guardia-civil-de-la-manada-hace-publica-una-carta-a-traves-de-la-tribuna-de-cartagena

Redacción, "El testimonio de la víctima de la violación múltiple en San Fermín: 'Me tiraron al suelo, me quitaron el sujetador y los botones del pantalón'", en *La sexta Noticias,* 2018. Disponible en: http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/el-terrible-testimonio-de-la-joven-agredida-por-cinco-chicos-en-san-fermin-me-tiraron-al-suelo-me-quitaron-el-sujetador-y-los-botones-del-pantalon_2016071457878e706584a86fb36b328d.html

Redacción, "La Policía investiga la publicación de datos personales de la víctima de La Manada", en *La Vanguardia*, 2018. Disponible en: http://www.lavanguardia.com/sucesos/20180502/443196229359/la-policia-investiga-la-publicacion-de-datos-personales-de-la-victima-de-la-manada.html

Redacción, "Las asociaciones de jueces, alarmadas por los 'insultos' y la 'crítica furibunda' al tribunal de 'la manada'", en *El diario*, 2018. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/asociaciones-jueces-fiscales-defensa-tribunal_0_765723733.html

En Redacción, "Arrestados 6 jóvenes en Marruecos por violar y grabar a una menor que luego se suicidó", en *Huffington Post*, 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/08/05/jovenes-marruecos-violar_n_11350992.html

Redacción, "El caso del suicidio de Tiziana Cantone se archiva sin culpables" en *Huffington Post,* 2016. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2016/11/07/tiziana-suicidio-archivo_n_12839674.html

Redacción, "Tiziana, nessun colpevole per i video" en *La Repubblica*, 2016. Disponible en: http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2016/11/04/tiziana-nessun-colpevole-per-i-videoNapoli09.html?ref=search

RUÍZ, I., "La pedofilia en Internet crece al amparo del anonimato", en *Periódico La Nación*. Apartado de información general, 2009. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/1159449-la-pedofilia-en-internet-crece-al-amparo-del-anonimato

Telecinco, "Olvido Hormigos: Mi marido me ha tenido que perdonar un par de veces este año" en *Telecinco*, 2013. Disponible en: https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/entrevistas/olvido-hormigos-mi-marido-me-ha-tenido-que-perdonar-un-par-de-veces-este-ano_0_1715175244.html

Teletoledo Noticias, "Los Yébenes, desbordada por el interés mediático creado por el video erótico de Olvido Hormigos". *Tele Toledo,* 2012. Canal de YouTube de Teletoledo Noticias, disponible en: https://www.youtube.com/channel/UCIUWRl-tJkS1CMSAtSlH-_Og

T. F., "Las redes se llenan de mensajes de apoyo a la víctima de La Manada: 'Yo sí te creo'", en *El Confidencial*, 2018. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-26/la-manada-juicio-sentencia-twitter-apoyo-victima_1555398/

Vertele, "Olvido Hormigos, del vídeo erótico a la piscina de Telecinco" en *Ver tele tv*, 2013, disponible en: http://vertele.eldiario.es/verteletv/actualidad/Olvido-Hormigos-erotico-piscina-Telecinco_0_1434756534.html

Capítulo II
La víctima del delito de trata de seres humanos

Melina Juan
Profesora de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid
Fiscalía Federal de Instrucción N.º 2 de Mendoza

"En ningún momento llegué a identificarme como víctima de trata. Primero, porque no sabía qué era la trata. Y segundo, porque tenía una idea equivocada de la trata que no iba conmigo. Hasta a mí me daban pena las mujeres engañadas, obligadas, encadenadas […]"

Amelia tiganus

Resumen

La trata de seres humanos como fenómeno complejo requiere que la intervención de las autoridades no se limite a la persecución penal de la conducta delictiva, sino que exhiba una visión victimocéntrica en la cual se le provea a la víctima de una respuesta integral que le permita la restitución de sus derechos vulnerados. El presente trabajo analiza los elementos esenciales del delito a través de un enfoque comparado de las diferentes regulaciones internas y compromisos internacionales asumidos por el Reino de España y la República Argentina en los esfuerzos por combatirla y expone las medidas adoptadas tendientes a la plena reparación del sujeto afectado.

Palabras clave: Trata de seres humanos, régimen español, régimen argentino, modalidades de explotación, derechos de las víctimas, reparación.

1. Introducción

Hacia finales de siglo XIX y principios del XX, la "trata de blancas" consistía en una práctica basada en la seducción y engaño a mujeres, preferentemente europeas, por traficantes que las captaban para ser "colocadas" en otros lugares del mundo donde eran vendidas a sujetos que se dedicaban al rufianismo, esto es, al negocio de la prostitución ajena. Se la vinculaba con una práctica sexual.

En la actualidad, no sólo se deja de lado la locución étnica para hablar directamente de "trata de seres humanos" o "trata de personas" (que son equivalentes), sino que el concepto se ha extendido a otras formas además de la sexual. Se manifiesta también con fines de explotación laboral, con el propósito de extraer órganos del sujeto pasivo o para celebrar matrimonios por la fuerza. Tampoco interesa la raza, género, edad o nacionalidad de

orcid.org/0000-0001-8033-9052

la víctima. De esta manera, la denominación pretende imprimir la idea de que cualquier individuo, que detente el carácter de "humano", es pasible de ser víctima de este delito.

Tal abominable negocio obtiene su "materia prima" de los sectores sociales más desprotegidos, puesto que se nutre de la pobreza, falta de trabajo, inmigración, violencia familiar y discriminación de la mujer[1]. La víctima es elegida en virtud de la confluencia de ciertos factores económicos, sociales, ideológicos y geopolíticos[2] que forman parte de su contexto habitual, entre los que destacan la pobreza, la pauperización del trabajo, la necesidad migratoria, la desigualdad social, la discriminación, el racismo, la xenofobia, los estereotipos culturales y de género, así como también, la existencia de un entorno social marcado por la guerra o violencia. El perpetrador valora, asimismo, el marco político en que se desenvuelve la persona, ya que prefiere un Estado ausente o corrupto, con tolerancia a ciertas actividades marginales[3].

Es decir, el fenómeno se desarrolla dentro de un marco específico y con víctimas especialmente singulares[4], en el que el tratante prefiere personas que provengan de países más pobres o donde la movilidad social está reducida, con individuos que presenten mayor vulnerabilidad o menos resistencia, y sus derechos más básicos se encuentren insatisfechos. Con este cuadro favorecedor, el explotador, que se nutre de la vulnerabilidad ajena, promete una mejor alternativa de vida mediante una oferta de trabajo, con posibilidades de movilidad social e inserción en economías consolidadas.

Comienza así un trabajo de reclutamiento que continúa con el aislamiento de la víctima, lo cual se logra a través de la extracción de su lugar de origen, trasladándola hacia el destino en que será explotada. Esta estrategia conlleva uno de los múltiples inconvenientes que implica la prevención, detección e investigación del delito, habida cuenta de que las grandes mafias cuentan con miembros en diferentes países, donde cada integrante cumple un rol determinado.

Las razones por las cuales estas organizaciones prefieren el traslado de las víctimas son múltiples: (a) al alejarla de su círculo familiar logran con mayor facilidad la anulación de su persona; (b) eliminan o reducen al mínimo cualquier posibilidad de ser rescatadas por sus afectos o que escapen; (c) en el caso de trata con fines de explotación sexual, el mercado demanda "variedad étnica", lo cual requiere ofrecer una "diversidad" de mujeres con características fisonómicas diferentes que satisfagan a una demanda cambiante y heterogénea; (d) la inversión económica es mínima comparada con los beneficios que obtendrán; (e) los riesgos de permanecer en el mismo sitio de donde las víctimas son "extraídas" son demasiados; y (f) finalmente, porque la investigación poli-

[1] HAIRABEDIÁN, M. *La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional. 2° edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 16.

[2] ABOSO, G. E., *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual.* Buenos Aires: B de F, 2013, pp. 31-32.

[3] Ídem.

[4] Ibídem, pp. 70-71.

cial y la aprehensión de responsables es notablemente dificultosa cuando en la comisión del delito se traspasan fronteras.

El presente trabajo centra su visión en la víctima del delito de trata de personas, y deja en un segundo plano la necesidad social y estatal de castigar al acusado. Se aprovecha el camino iniciado por el Convenio de Varsovia, que ha permitido un cambio de orientación de la política criminal, abandonando el enfoque *criminocéntrico* para dar lugar a una visión *victimocéntrica* de la trata de personas[5]. Propone un enfoque comparado sobre el tratamiento que se proporciona a las víctimas en la República Argentina y en el Reino de España desde el inicio de la investigación (donde en muchos supuestos es considerada un elemento de prueba), hasta cuando las fuerzas acuden a su "rescate", o en la recepción de denuncias y acompañamiento en sede judicial. Se intenta, asimismo, determinar cuáles son las respuestas de ambos Estados soberanos y si tales mecanismos resultan eficaces.

Finalmente, se consignan los diferentes instrumentos que prevén la posibilidad de alcanzar una reparación integral de la víctima en su acepción más amplia, esto es, que abarque desde la reparación simbólica que puede lograrse mediante la imposición de una sanción penal, hasta la indemnización por los daños por ella sufridos.

2. El fenómeno de la trata de seres humanos

2.1. Aproximación al concepto

La trata de personas es un fenómeno que se asienta sobre la base de la cosificación del ser humano a quien el tratante convierte en una "mercancía"[6] intercambiable por dinero, generando para el explotador sustanciosos beneficios económicos. Es, ni más ni menos, el comercio de seres humanos con el fin de su explotación.

Constituye, lo que la gran mayoría de autores califican como la forma más degradante de *esclavitud moderna*[7], vulnerándose de manera sostenida y sistemática sus

[5] DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 51. El "enfoque 3p" consiste en la adopción de medidas de prevención de conductas, protección de las víctimas, persecución de los tratantes, añadiendo un cuarto pilar, el *partnership*, que se funda en la necesidad de cooperación y colaboración entre las autoridades de los distintos países para reforzar la lucha y prevención de la trata. Para un mayor tratamiento de la cuestión, VILLACAMPA ESTIARTE, C. "La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-14, 2011, disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf (última consulta: 08/06/2018).

[6] LUCIANI, D. S., *Trata de personas y otros delitos relacionados,* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 17.

[7] Introduce esta denominación el especialista BALES, K., *Disposable people: New Slavery in the Global Economy. Revised Edition.* Berkeley, California: University of California Press, 1999, pp. 259-261. El autor concibe que el rechazo que provoca el término "esclavitud" (una palabra a la que califica como "fuerte"), genera que la sociedad, los gobiernos y organizaciones no gubernamentales se rehúsen a utilizarla porque temen las consecuencias

derechos fundamentales. En su completo estudio, BALES expone que se ha convertido en un negocio incluso más lucrativo que la antigua esclavitud, y explica la cruel realidad a la que se enfrenta la modernización: un elevado número de personas sin recursos, sin información y sin posibilidades ni futuro ha sido condenada a la más absoluta miseria, producto de una corriente neoliberal que gestó la globalización económica de los tiempos actuales[8].

Explica VILLACAMPA ESTIARTE que la tradicional esclavitud se delineaba sobre la base de diferencias étnicas, requería el transporte de ultramar y el esclavo era propiedad del amo para el que trabajaba durante toda su vida o gran parte de ésta. La esclavitud actual ya no se asienta en características raciales. Afecta a personas que se hallan en situación de pobreza, cuyo creciente número sumado a la globalización del transporte incrementa exponencialmente la oferta de potenciales esclavos. Esto ha derivado en que la longevidad del vínculo esclavo-amo se vea reducido drásticamente. "Los esclavos son baratos, los hay en abundancia y de cualquier raza por lo que no es necesario ya cuidar una inversión que, por otra parte, tampoco ha representado un gran dispendio. Por ello, si el siervo no puede trabajar, o ya no son necesarios sus servicios, basta con deshacerse de él. La fungibilidad inherente a la esclavitud actual hace que se trate de una actividad muy lucrativa, porque a la elevada rentabilidad del esclavo –los estimados más rentables son los esclavos sexuales […] se añade la escasez del gasto"[9]. Entonces, si un esclavo no rinde económicamente, será cambiado por otro. A este respecto, LUCIANI expresa que "[e]n la actualidad, la facilidad para sustituir esclavos es lo que hace que la trata de personas sea una actividad sumamente lucrativa y con un escaso costo, ya que su manutención en el lugar de explotación siempre es financiada con el propio dinero generado por el explotado"[10].

La trata de seres humanos es un delito tan rentable porque, a diferencia de lo que sucede con el tráfico de armas o el tráfico de drogas (en el que el intercambio lucrativo ilícito se consuma de modo instantáneo), la explotación de un mismo ser humano puede prolongarse en el tiempo por décadas, incluso en ocasiones, hasta la propia muerte del sujeto pasivo. Esto se traduce en la obtención de ganancias de forma permanente

que pueden derivar si se reconoce una realidad tan cruenta. "Part of the problem with naming slavery is precisely that: slavery is a very strong word. But the second thing that organizations must do is to use hard language and step even harder on some toes […] Slavery […] must be shown in all its horror as well as its complexity. When the public stops asking, 'what do you mean by slavery?' and 'you mean that slavery exists?' […] then slaves will be on their way to freedom". Asimismo, recomienda que se analice el fenómeno como una "realidad global".

[8] Ídem.

[9] VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación". *AFDUDC,* 14, 2010, pp. 824/826, disponible en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8302/AD_14_2010_art_41.pdf;jsessionid=A8C70C381F648AAADEB40F9D1E5FA67D?sequence=1 (última consulta: 04/03/18).

[10] LUCIANI, D. S., *Trata de personas…*, op. cit. p. 199.

por un costo mínimo[11]. Las estadísticas dan cuenta de ello: en los últimos cinco años, 89 millones de personas fueron sometidas a alguna forma de esclavitud moderna desde unos días hasta un total de cinco años[12].

Cuando se habla de trata con fin de explotación sexual, las estadísticas ponen por encima a las mujeres y niñas respecto de las víctimas de género masculino. Datos recogidos por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito dan cuenta que las dos terceras partes de las víctimas de trata detectadas en el mundo son mujeres y que el 79% de las personas víctimas de trata lo son con fines de explotación sexual[13].

A esta trata sexual se la suele identificar con una mujer que debe satisfacer sexualmente a un hombre a cambio de un precio. Parte del pago por ese "servicio" es retenido por el explotador. Todo ello forma parte del subsistema que se conoce bajo el término de "prostitución" o circuito prostibulario, que representa el destino por excelencia de las víctimas que son captadas con el propósito de someterlas a explotación sexual[14].

ANDREU y CARMONA apuntan que dentro del alcance de la trata de mujeres y niñas sometidas a explotación sexual debe considerarse cualquier "sometimiento que implique una injerencia directa en la sexualidad de la víctima, entendiendo explotación sexual en un sentido amplio, esto es, tanto al ofrecimiento del cuerpo de la víctima en el mercado del sexo, obteniendo beneficios económicos por ello, ya sea mediante su prostitución o mediante otras formas de comercio sexual en la que se exponen los cuerpos de terceras personas, como por ejemplo a la pornografía"[15].

En cuanto a los motivos por los cuales esta aberrante actividad es una de las más lucrativas en el mundo, estas autoras entienden que "es […] el resultado del vigente sistema económico impuesto a nivel mundial. La globalización ha devenido en la explotación de los países en vías de desarrollo por los países desarrollados. La supremacía del libre mercado es irrefutable, y todo se doblega ante ella; el ser humano no es sino

[11] BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: "Criminalidad organizada y 'trata de seres humanos' con fines de explotación sexual en España", en *La criminalidad organizada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 17.

[12] Informe de la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, *Global Estimates of Modern Slavery*, Ginebra, 2017. Disponible en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf (última consulta: 15/05/2018).

[13] Informe del Defensor del Pueblo de España *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. Disponible en: www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP-Resumen.pdf (última consulta el 30 de noviembre de 2017). En Europa, unas 140.000 mujeres se encuentran atrapadas en una situación de violencia y degradación por motivos de explotación sexual, y una de cada siete trabajadoras sexuales ha sido esclavizada en la prostitución a consecuencia de la trata de personas (datos extraídos del sitio web www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html, última consulta el 09/02/2018).

[14] *Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Diciembre de 2006

[15] ANDREU IBAÑEZ, R. y CARMONA, M. A., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una forma de violencia de género", en *Dilemata*, año 9, nº 24, 2017, pp. 247-266, disponible en: www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/viewFile/412000110/500 (última consulta 21 de noviembre de 2017).

su instrumento, un instrumento en el sentido más puro de la palabra, es la mercancía con la que el sistema juega. Ni tan siquiera la dignidad del ser humano hace tambalear las bases del sistema económico, del libre mercado"[16].

Finalmente, dentro de las principales manifestaciones de formas de explotación laboral se encuentran las siguientes figuras: (a) la esclavitud, esto es, el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad (Convención sobre la Esclavitud[17]); (b) el trabajo o servicio forzado, que es aquel que se exige bajo la amenaza de una pena y para el cual el individuo no se ofrece voluntariamente (Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N°29 sobre Trabajo Forzoso[18]) y (c) la servidumbre, siendo la "servidumbre por deudas" la más habitual. Consiste en la condición en la que se encuentra un deudor por haberse comprometido a prestar sus servicios personales como garantía de la deuda (Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud[19]). Sin embargo, la comunidad internacional ha reconocido otras formas de explotación laboral, cuyo análisis será objeto de estudio en el apartado correspondiente.

2.2. Recepción Internacional

La recepción en instrumentos internacionales del delito de trata de personas con fines de esclavitud y explotación sexual o laboral se produjo en el siglo XX. No obstante, el primer documento internacional de vital importancia lo constituye la Declaración sobre Abolición Universal de la Trata de Esclavos adoptada en el Congreso de Viena celebrado en el año 1815. Tanto la esclavitud como la servidumbre y la trata de esclavos se encuentran prohibidas expresamente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 4) y por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (más conocido como "Convenio Europeo de Derechos Humanos"), que recoge asimismo el concepto de trabajo forzado (art. 4).

En materia de explotación laboral las herramientas suscriptas por la mayoría de los Estados para abordar la temática son: la Convención sobre la Esclavitud (1926); el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N°29 sobre Trabajo Forzoso

[16] Ídem.

[17] En vigor el 9 de marzo de 1927. Incorporado por España, BOE núm. 356 del 22/12/1927. La ley argentina N° 14.932, de 29/12/1959 aprueba el Convenio 105 sobre Abolición de Trabajo Forzoso de la OIT que toma nota de los diferentes instrumentos internacionales imperantes en la época.

[18] Adoptado el 28/06/1930 en la sesión de la Conferencia n° 14, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. En vigor el 1 de mayo de 1932. Incorporado por España, BOE núm. 105 del 14/04/1932. Argentina lo aprueba mediante Ley 13.560 de 01/10/1949.

[19] En vigor el 21 de noviembre de 1967. Incorporado por España, BOE núm. 311, de 29/12/1967. Aprobado en Argentina por Decreto Ley N° 7.672/63 del 13/9/1963.

(1930); el Convenio N°97 de la Organización Internacional de Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes (1949); la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956); el Convenio N°105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso (1957); y la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (1990).

En cuanto a la trata sexual destacan: el Acuerdo Internacional para la represión de la trata de blancas (1904); el Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas (1910); el Convenio Internacional para la represión de la trata de Mujeres y Niños (1921); el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad (1933); el Protocolo que modifica el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933 (1947); el Protocolo de 1949 que modifica el Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal denominado Trata de Blancas de 1904 y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910 (1949) y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950).

Sin embargo, estos cuerpos normativos no lograban aportar una definición de "trata de seres humanos" que contuviera un enfoque amplio e integral, desvinculado de otros fenómenos criminales conexos. Recién al comienzo del siglo XXI se introduce un concepto amplio, completo, detallado y sistemático, de la mano de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000[20], más particularmente, a través de su Protocolo.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños[21] (también conocido como Protocolo de Palermo, en alusión al lugar de su celebración) define la trata de personas como: "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad[22] o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras

[20] Aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, suscrita en Palermo, Italia. España ratificó la Convención mediante BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003. A su turno, Argentina aprobó la Convención y sus protocolos complementarios mediante Ley N° 25.632, B.O. 30/08/2002. Texto completo de la Convención disponible en: https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf (última consulta: 10 de diciembre de 2017).

[21] Ratificado por España, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

[22] La Nota interpretativa N° 12 del Protocolo propone entender al abuso de situación de vulnerabilidad "como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata".

formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos […]"[23].

De la lectura de su texto se desprende una distinción conceptual acerca de las formas en que puede llevarse a cabo la conducta constitutiva del delito de trata: de manera forzada (que conlleva el uso de la fuerza o intimidación), fraudulenta (que se caracteriza por emplear el engaño) y abusiva (que implica el abuso de una situación de superioridad necesidad o de vulnerabilidad)[24].

El marco normativo internacional se completa con el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000).

El concepto que incorpora el Protocolo de Palermo tuvo una importante acogida en la mayoría de las legislaciones internas de los Estados de Derecho e, incluso, fue reproducido en el Convenio del Consejo de Europa N° 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos (en adelante, Convenio de Varsovia[25]), y en el ámbito de la Unión Europea, con la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 y la Directiva 2011/36/UE[26] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, que sustituye la Decisión Marco. La Directiva 2011/36/UE establece normas mínimas a escala de la Unión Europea relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos e introduce disposiciones para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas.

Por su parte, en el año 2005 se esbozó la primera definición internacional de "víctima" de trata[27], introducida por el Convenio de Varsovia que estableció: "por 'víctima' se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el presente artículo". Esto supone considerar como víctima a toda aquella

[23] Artículo 3 del Protocolo.

[24] LUCIANI D.E., *Trata de personas…* op. cit., p. 320.

[25] Consejo de Europa, Varsovia, 16 de mayo de 2005. BOE núm. 219/2009, de 10 de Septiembre de 2009. El Convenio de Varsovia entró en vigor el 1 de febrero de 2008, y en España el 1 de agosto de 2009. disponible en http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405 (última consulta: 10 de diciembre de 2017).

[26] Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

[27] Artículo 4.e) del Convenio en relación al apartado a) del mismo artículo, que entiende a la trata de seres humanos como "el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos".

persona objeto de reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación.

2.3. Legislación interna

2.3.1. Régimen legal español

El Código Penal español incorporó en el año 2010[28] el art. 177 bis, que luego de su última modificación en 2015[29], queda redactado de la siguiente manera:

> "1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) La explotación para realizar actividades delictivas; d) La extracción de sus órganos corporales; e) La celebración de matrimonios forzados.
>
> Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.
>
> 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.
>
> 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.
>
> 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física

[28] Se añade por el art. único 40 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Ref. BOE-A-2010-9953.

[29] Se modifican los apartados 1 y 4 por el art. único 94 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Ref. BOE-A-2015-3439.

o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.
6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

   Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.
7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.
8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.
10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.
11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su parti-

cipación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado".

2.3.2. Régimen legal argentino

La ley N°26.364 de "Prevención y Sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas"[30] (y su modificatoria, Ley N°26.842/2012) introduce esta nueva conducta delictiva dentro del catálogo de delitos que tipifica el Código Penal argentino.

El artículo 145 bis vigente expresa: "Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima". Como se observa, no forman parte del tipo básico los medios comisivos que se utilizan para realizar las conductas típicas (como sí lo hacía la norma en su versión anterior).

El artículo 145 ter del C.P. prevé como circunstancias agravantes: "En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco a diez años de prisión, cuando: 1. mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima; 2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años; 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; 4. Las víctimas fueren tres o más; 5. En la comisión del delito participaren tres o más personas; 6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima; 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria". El legislador fija además una segunda fase agravatoria para los supuestos de consumación de la explotación de la víctima, donde el responsable arriesga una pena de entre ocho a doce años de prisión. Finalmente, para los casos en que la víctima fuere menor de dieciocho años, la pena asciende a los diez años como mínimo y puede alcanzar hasta los quince años de prisión.

Ahora bien, la finalidad de explotación y sus diversas modalidades no se hallan contenidas en el digesto penal, sino que se recogen en el art. 2 de la ley N°26.364. Incluye los siguientes supuestos:

"a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;

[30] Ley 26.364, B.O. 30/04/2008, modificada por Ley N° 26.842, B.O. 27/12/2012.

b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos".

El mismo artículo estipula que "el consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores".

En otro orden de ideas, la ley N° 26.842 crea dos organismos de orden federal a cargo de diseñar un Programa Nacional de lucha contra la trata de personas, protección y asistencia a las víctimas. A tal fin, se dispone la creación del Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas[31], como ámbito permanente de acción y coordinación institucional para el seguimiento de todos los temas vinculados a la ley, con diversas atribuciones[32] y el Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas[33], a cargo de la ejecución del Programa Nacional.

[31] Artículo 18, ley 26364, conf. modif. 26.842.

[32] Artículo 20, ley 26364, conf. modif. 26.842: "a) Diseñar la estrategia destinada a combatir la trata y explotación de personas, supervisando el cumplimiento y efectividad de las normas e instituciones vigentes; b) Recomendar la elaboración y aprobación de normas vinculadas con el objeto de esta ley; y, en general, participar en el diseño de las políticas y medidas necesarias que aseguren la eficaz persecución de los delitos de trata y explotación de personas y la protección y asistencia a las víctimas; c) Promover la adopción por parte de las diversas jurisdicciones de los estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención que aseguren la protección eficaz y el respeto a los derechos de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas; d) Supervisar el cumplimiento de las funciones correspondientes al Comité Ejecutivo… e) Analizar y difundir periódicamente los datos estadísticos y los informes que eleve el Comité Ejecutivo a fin de controlar la eficacia de las políticas públicas… f) Promover la realización de estudios e investigaciones sobre la problemática de la trata y explotación de personas, su publicación y difusión periódicas; g) Diseñar y publicar una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones, que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas; h) Promover la cooperación entre Estados y la adopción de medidas de carácter bilateral y multilateral, destinadas a controlar, prevenir y erradicar la trata y explotación de personas. Esta cooperación tendrá como fin fortalecer los medios bilaterales, multilaterales, locales y regionales para prevenir el delito de trata de personas, posibilitar el enjuiciamiento y castigo de sus autores y asistir a las víctimas; i)… fortalecer la cooperación internacional en la materia; j) Redactar y elevar un informe anual de su gestión…; k) Aprobar el plan de acción bianual que elabore el Comité Ejecutivo; l) Dictar su reglamento interno...".

[33] Artículo 21, ley 26364, conf. modif. 26.842. Sus funciones emanan del art. 22, y son las siguientes: "a) Diseñar estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención que contribuyan a prevenir y combatir

Otra cuestión a destacar es el éxito obtenido con la implementación del Sistema Sincronizado de Denuncias sobre Delitos de Trata y Explotación de personas, que funciona a través de la línea "145". Si bien aquel operaba con anterioridad a la reforma, la modificación legislativa buscaba que este sistema quedara bajo la órbita de control del Ministerio Público Fiscal[34].

Los logros que ha representado la implementación de la línea 145 se ven reflejados en el volumen de denuncias recibidas en los últimos años. Según datos oficiales aportados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, desde el año 2012 hasta diciembre de 2017 se realizaron 12.315 denuncias a la línea 145, alcanzando las 3.256 denuncias a lo largo de 2016, registrándose un total de 665 solo en el mes de octubre[35].

---

los delitos de trata y explotación, y a proteger y asistir a las víctimas de tales delitos y sus familias; b) Desarrollar acciones eficaces orientadas a aumentar la capacidad de detección, persecución y desarticulación de las redes de trata y explotación; c) Asegurar a las víctimas el respeto y ejercicio pleno de sus derechos y garantías, proporcionándoles la orientación técnica para el acceso a servicios de atención integral gratuita (médica, psicológica, social, jurídica, entre otros); d) Generar actividades que coadyuven en la capacitación y asistencia para la búsqueda y obtención de oportunidades laborales, juntamente con los organismos pertinentes; e) Prever e impedir cualquier forma de re-victimización de las víctimas de trata y explotación de personas y sus familias; f) Llevar adelante un Registro Nacional de Datos vinculados con los delitos de trata y explotación de personas, como sistema permanente y eficaz de información y monitoreo cuantitativo y cualitativo. A tal fin se deberá relevar periódicamente toda la información que pueda ser útil para combatir estos delitos y asistir a sus víctimas… g) Organizar actividades de difusión, concientización, capacitación y entrenamiento acerca de la problemática de los delitos de trata y explotación de personas, desde las directrices impuestas por el respeto a los derechos humanos, la perspectiva de género y las cuestiones específicas de la niñez y adolescencia; h) Promover el conocimiento sobre la temática de los delitos… y desarrollar materiales para la formación docente inicial y continua, desde un enfoque de derechos humanos y desde una perspectiva de género…; i) Impulsar la coordinación de los recursos públicos y privados disponibles para la prevención y asistencia a las víctimas, aportando o garantizando la vivienda indispensable para asistirlas conforme lo normado en la presente ley; j) Capacitar y especializar a los funcionarios públicos de todas las instituciones vinculadas a la protección y asistencia a las víctimas, así como a las fuerzas policiales, instituciones de seguridad y funcionarios encargados de la persecución penal y el juzgamiento de los casos de trata de personas con el fin de lograr la mayor profesionalización; k) Coordinar con las instituciones, públicas o privadas, que brinden formación o capacitación de pilotos, azafatas y todo otro rol como tripulación de cabina de aeronaves o de medios de transporte terrestre, internacional o de cabotaje, un programa de entrenamiento obligatorio específicamente orientado a advertir entre los pasajeros posibles víctimas del delito de trata de personas; l) Coordinar con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la implementación del Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas. Realizar en todo el territorio nacional una amplia y periódica campaña de publicidad del Sistema y el número para realizar denuncias. El Comité Ejecutivo elaborará cada dos (2) años un plan de trabajo que deberá ser presentado ante el Consejo Federal para su aprobación. Deberá también elaborar y presentar anualmente ante el Consejo Federal informes sobre su actuación a los fines de que éste pueda ejercer sus facultades de supervisión. Estos informes serán públicos. A los fines de hacer efectiva la ejecución del Programa, el Comité Ejecutivo coordinará su accionar con las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y organismos nacionales e internacionales".

[34] Desde su implementación, el Sistema Sincronizado de Denuncias sobre Delitos de Trata y Explotación de personas se halla bajo el mando del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a personas damnificadas por el delito de trata (arts. 14 a 17 de ley N° 26.842).

[35] Información disponible en: http://www.jus.gob.ar/noalatrata.aspx (última consulta 05/06/2018).

Una de las mayores dificultades que presenta la persecución de este tipo delictivo lo conforma el bajo nivel de denuncias que se formulan, principalmente por temor a represalias. También porque en muchos casos, quien desea denunciar se encuentra en zonas alejadas, o porque no cuenta con las vías de acceso suficientes para poder hacerlo. Estas dificultades son más frecuentes en los casos en que la víctima directa sea quien quiera denunciar y no pueda trasladarse porque se encuentra privada de su libertad, o monitoreada y bajo estricto control por su tratante. El espíritu de la norma es fomentar la denuncia, sin que el denunciante sienta el temor de sufrir represalias. Por lo cual, la existencia de una línea gratuita que funcione en horarios y días inhábiles, con atención especializada, representa una solución viable.

De igual manera, ha sido un acierto otorgarle al denunciante (víctima o tercero no interesado) la posibilidad de que denunciar de forma anónima. Aun en caso de brindar sus datos personales, la ley establece que éstos no serán facilitados a los cuerpos y fuerzas de seguridad a cargo de las diligencias investigativas[36]. Huelga destacar que es el silenciamiento de los testigos y víctimas, junto a la clandestinidad de estas conductas delictivas (con la lamentable connivencia de organismos estatales) lo que ha permitido el arraigo y perpetuidad de las organizaciones criminales dedicadas a ello[37].

2.3.3. Análisis comparativo de la figura penal en la legislación española y argentina

Como se ha consignado con anterioridad, la comunidad internacional ha conseguido impulsar a través de convenios internacionales la incorporación de leyes que traten esta problemática. Tales instrumentos han servido de guía a los distintos Estados no sólo en lo concerniente a la política criminal interna, sino también en lo atinente a la prevención, sanción del delito y asistencia o protección a la víctima.

Precisamente, a causa del margen que otorgan los marcos normativos internacionales para ajustar el ordenamiento interno a tales mandatos, las legislaciones no resultan completamente uniformes, como es el caso de la ley argentina respecto de la española.

Las principales diferencias existentes entre una y otra legislación giran en torno a las siguientes cuestiones:

1. El mínimo previsto por la escala penal argentina es menos gravosa que la del Código Penal español (4 y 5 años, respectivamente);
2. Argentina incorpora con su modificación de 2012 un verbo típico nuevo que no recoge el legislador español: "ofrecer". Esta conducta abarca otros supuestos

[36] Artículo 26, Ley N° 26.364 conf. modif. 26.842: "Las denuncias podrán ser anónimas. En caso de que el denunciante se identifique, la identidad de esta persona será reservada, inclusive para las fuerzas de seguridad que intervengan".

[37] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., pp. 148-149.

no sancionables hasta el momento vinculados a la acción de proponer al sujeto pasivo la posibilidad de realizar una determinada actividad. Conforme sostiene LUCIANI[38], el oferente debe tener conocimiento acerca del fin ilícito de la propuesta. Presupone, por tanto, un adelantamiento de las barreras de punición. Sin embargo, en el apartado octavo del art. 177 bis del Código Penal español, el legislador anticipa aún más las barreras de la sanción, extendiéndola a los actos de provocación, conspiración y mera proposición para cometer el delito, valorando que tales circunstancias pueden resultar atenuantes de la conducta[39]. Para el legislador argentino, el ofrecimiento (o "mera proposición", su equivalente en la norma española) forma parte del tipo básico, con lo cual el autor arriesga una pena idéntica a la prevista para la realización de cualquier otra conducta típica (captación, traslado, acogimiento, recepción)[40].

3. Con la Ley argentina N° 26.842 se suprime la acción típica de "transportar" (aún presente en la ley española) por considerarla redundante e innecesaria respecto del verbo típico "traslado"[41].
4. Los medios comisivos forman parte de la figura básica en España, mientras que en Argentina son agravantes del tipo básico. Además, la norma española describe como parte del tipo que medie "abuso de una situación de superioridad", en tanto que la argentina restringe la circunstancia agravante al "abuso de autoridad".
5. Una diferencia relevante juega el papel del consentimiento de la víctima. Mientras que para la República Argentina –desde el año 2012– se establece que no podrá argüirse como causal de exención de responsabilidad al sujeto activo, para el Reino de España sí se tendrá en cuenta y podrá exonerar de responsabilidad al autor (en el grado de participación que corresponda), cuando haya sido otorgado por una persona mayor de dieciocho años de edad[42].
6. Otro punto a destacar lo constituye la forma de explotación de "mendicidad", contemplado expresamente en la ley española. El tratamiento que se le da a la mendicidad forzada, corresponde a la definición de trabajo y servicios forzados de la Directiva 2011/36/UE y del Convenio sobre Trabajo Forzoso de la OIT, 1930 (N°29). En la norma argentina, la acción de mendigar no se prevé explícitamente como forma de explotación autónoma, pero surge de manera implícita del supuesto de trabajo forzoso[43].

[38] Ibídem, pp. 190-191.

[39] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 324.

[40] Ídem.

[41] Ibídem, p. 193.

[42] Art. 1 *in fine* de Ley N° 26.842 y Art. 177 bis del Código Penal español apartado 1), *in fine,* respectivamente.

[43] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 321.

7. También se resalta que para la ley española la modalidad de explotación sexual, "incluida la pornografía", coloca bajo su protección a víctimas de cualquier rango etario, mientras que el legislador argentino reprime la finalidad de promoción, facilitación o comercio de la pornografía infantil.
8. Con relación a las agravantes previstas en el texto legal, a diferencia de lo estipulado en la norma argentina, el legislador español eleva la pena en caso de que la conducta del sujeto activo ponga "en peligro la vida o la integridad física o psíquica" de la víctima (apartado 4.a).

2.4. Bien jurídico tutelado

¿Qué es aquello que se pretende proteger con la incorporación del delito de trata de personas? Conceptualmente, se puede decir que la noción de "bien jurídico" alude a la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto que se encuentra protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que lo afectan[44].

Partiendo de la premisa que nadie elige ser esclavo[45], se puede sostener que la figura bajo análisis pone en jaque a la dignidad del ser humano. El individuo queda reducido a un objeto, a una cosa a la que se despersonaliza y a la que se extirpan sus derechos al punto de no poder disponer de su propio cuerpo, de su integridad física, sexual o psicológica. El bien jurídico que el Estado procura asegurar, entonces, se manifiesta desde dos vertientes que resultan ser trascendentales: por un lado, la dignidad del sujeto; y por el otro, su libertad. El Tribunal Supremo español ha definido la dignidad como "una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido"[46].

[44] ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General. Sexta edición,* Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 389.

[45] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…*, op. cit. pp. 91-92. El autor rechaza la posibilidad de una explotación consentida. Explica que ello no puede escindirse de su condición de persona, de su libertad como prerrogativa que le es inherente. Sostiene "el asentimiento no debe ser valorado como proveniente de un sujeto libre, ya que las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra aquella hace verdaderamente impensable la expresión de una voluntad libre […] porque precisamente en estos casos el sujeto se encuentra inmerso en una situación de vulnerabilidad producto de la marginalidad social, económica y política a la que es conducido por el sistema de mercado, que le impide negociar en un plano de igualdad". De manera similar se ha expedido la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa nro. 400654/2008, "Taviansky, Ana Alicia y Olivera, Verónica s/ recurso de casación", rta. el 29/12/2015, reg. Nro. 2551/15, ocasión en la que sostuvo: "Se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico tutelado (libertad) que no es posible otorgar consenso para ser considerado un objeto o una cosa y formar parte del mercado de bienes y servicios. Se trata de la esencia de lo humano, cuya propia explotación no puede ser consentida por el sujeto sin afectación de la condición de persona, de su libertad como bien que le es inherente".

[46] STS 538/2016, de 17 de junio de 2016.

Estudiosos en la materia han entendido que "el interés social que acompaña el nacimiento de esta figura se resume en proteger la libertad de autodeterminación de ese otro. Libertad de elegir su plan de vida"[47].

En el caso argentino, con la modificación introducida por Ley N° 26.842 a la ley N° 26.364, se ha eliminado toda distinción preexistente entre el consentimiento brindado por víctimas mayores y menores de dieciocho años a los efectos configurativos del tipo penal, lo que permite inferir que el legislador ha puesto en pie de igualdad ambos intereses (dignidad y libertad) en la medida que "resultan imprescindibles para la vida en comunidad y que claramente se encuentran avasallados por la conducta de los tratantes"[48].

El derecho penal, entonces, busca garantizar un estándar que vele por un piso mínimo de dignidad del individuo, en tanto la libertad de elegir un plan de vida nunca puede significar una opción que la anule o la restrinja a límites intolerables por un Estado de Derecho[49]. Allí radica el fundamento por el cual corresponde la aplicación del *ius puniendi* con toda rigurosidad y severidad.

2.5. El elemento de la trasnacionalidad

Se ha dicho que una nota característica el delito es la trasnacionalidad, que tiene lugar cuando las acciones constitutivas de la infracción entrañan una preparación, planificación, dirección y control ejercida por delincuentes que se localizan en un Estado, pero cuya explotación o consumación se practica en otro Estado. También se extiende a casos donde la comisión del delito incluye a varios Estados, o se comete en un Estado pero sus efectos se proyectan en otro/s[50].

---

[47] COLOMBO, M., *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, pp. 32-33. En similar sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata…*, op. cit., p. 45. Otros autores entienden que se trata de un delito pluriofensivo en la medida que la "prohibición penal de la trata de seres humanos, no sólo persigue la tutela de la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo y de su integridad moral, sino que pretende amparar otros bienes que se ponen en peligro con estos comportamientos tipificados". Vid. MOYA GUILLEM, C., "Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos", en *Diario La Ley, 8895, Sección Doctrina,* Wolters Kluwer, 05 de enero de 2017, disponible en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTAyBUK0stKs7Mz7M1MjA0MzQyMgcJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAN7MX2jUAAAA=WKE#nDT0000240404_NOTA5 (última consulta: 2/06/18).

[48] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…* op. cit., pp. 187-188.

[49] Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza, autos N° 2832-A caratulados "AGPA y otros p/ Av. Inf. Ley 26.364 y 17.671", Sentencia N° 1199, rta. 17/05/2011.

[50] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 46-47. Lo expuesto se regla en el artículo 3 de la Convención de Palermo que define como delito transnacional si: "a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado".

Sin embargo, ello no impide que la conducta típica y el fin de explotación se produzcan dentro de las fronteras de un Estado. En efecto, de la definición que proporciona el Protocolo de Palermo no se deriva que la intervención de más de un Estado constituya un requisito *sine qua non* para que se configure el tipo penal. Por tanto, resulta indiferente que exista un traslado internacional de la víctima en virtud de que la trata puede ser interna (dentro de un mismo país) o externa (traspaso de una o más fronteras)[51]. Tanto en la legislación argentina como en la española se prevé la posibilidad de que se traslade a personas dentro de los propios Estados, lo que significa que en ambos se regula la trata interna[52].

En definitiva, como lo explica VILLACAMPA ESTIARTE, aquí es donde radica una de las principales diferencias entre el fenómeno de la trata y el tráfico de seres humanos. La incriminación de los supuestos de trata a través del delito de tráfico de personas previsto en el anterior art. 318 bis del Código Penal español (previo a la incorporación del delito de trata de personas), confundía a todas luces estas dos realidades, generando "vacíos de punibilidad al hacer depender la relevancia penal de la trata del cruce ilegal de fronteras"[53], desatendiendo a los propios ciudadanos españoles o a los de la Unión Europea, en la medida que muchas de las víctimas proceden de Europa del Este comunitaria.

Esta autora explica que pese a que ambas realidades son marcadamente diferentes, pueden correr paralelas, en especial en los casos de víctimas de trata que ingresan a un Estado de manera irregular. En efecto, "cuando las migraciones ilegales se realicen en condiciones peligrosas, que incluso pueden llegar a ser degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico, mientras que las víctimas de la trata nunca han consentido en sufrir esa situación, y si lo han hecho ha sido por el empleo de medios que invalidan la validez de su anuencia, que no ha sido libre. En relación con la explotación, mientras en las migraciones ilícitas la conducta del traficante termina con la llegada de los migrantes a su destino, en el caso de la trata implica la explotación persistente de las víctimas, según un amplio abanico de posibilidades, para generar ganancias ilegales para los traficantes. Finalmente, mientras el tráfico ilícito es siempre transnacional, pues se fundamenta en el cruce ilegal de fronteras, la trata puede no serlo, puede producirse con independencia de que las víctimas sean trasladadas de un Estado a otro o dentro

[51] VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP...", op. cit., pp. 819-865.

[52] A este respecto, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 188/2016, de 4 de marzo en su fundamento jurídico nº 5 explica: "[…] otra diferencia entre inmigración ilegal y trata de seres humanos consiste en que la primera tiene siempre un carácter transnacional, teniendo por objeto un extranjero ajeno a la Unión Europea, mientras la segunda puede tener o no carácter transnacional por cuanto los sujetos pasivos podrán ser ciudadanos europeos o incluso españoles […]".

[53] VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP...", op. cit., p. 822.

de las fronteras de un mismo Estado, y además con independencia de su condición de extranjeros en el lugar de arribada o no"[54].

En idéntico sentido se manifiesta BENÍTEZ ORTUZAR[55], quien estima que la característica de la trasnacionalidad debe mantenerse como constatación de un mero dato objetivo "de carácter criminológico fruto de la globalización económica mundial", resultando conveniente no incluirlo en la legislación interna como un elemento dogmático por la existencia de supuestos de trata de personas que se consuman dentro de las fronteras estatales con ciudadanos de su propia nacionalidad.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en un ilustrativo documento, anuncia que seis de cada diez víctimas son trasladadas cruzando al menos una frontera nacional. Informa que se ha detectado que al menos el 5% de las víctimas atraviesa el mundo y se han identificado alrededor de 510 "corrientes"[56] o rutas que utilizan para su traslado. Las estadísticas muestran una correlación entre la riqueza del país de destino y el número de víctimas trasladadas allí desde otras regiones. Los países más ricos atraen a víctimas de diferentes orígenes, mientras que en países menos prósperos se observan principalmente corrientes de trata nacionales o subregionales[57].

2.6. Acciones típicas

Sin perjuicio de que el análisis pormenorizado de las acciones típicas del delito de trata de personas no es objeto de estudio del presente trabajo, cabe aludir muy brevemente a éstas junto a otras nociones que se consideran imprescindibles para desentrañar el sentido y alcance de las normas bajo examen.

Existe cierto consenso entre los autores en considerar que "ofrece" quien manifiesta o propone al sujeto pasivo la posibilidad de realizar la actividad en la que será explotado[58]; "capta" aquel que consigue, gana voluntad, reúne, atrapa, entusiasma a quien va a ser víctima del delito[59]; "acoge" quien da hospedaje, aloja; "transporta" o "traslada" el tratante cuando se asegura el desplazamiento de la víctima desde el lugar de origen al lugar de destino con fines de explotación[60]; y "recibe" el que toma a otro, pudiendo ser

[54] Ibídem, p. 823.

[55] BENÍTEZ ORTÚZAR, I., "Criminalidad organizada...", op. cit., p. 17.

[56] *Informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito Mundial sobre Trata de personas.* 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and.../GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf (última consulta 10 de diciembre de 2017).

[57] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit. pp., 46-47.

[58] LUCIANI, D. S., *Trata de personas…*, op. cit., pp. 190/191.

[59] HAIRABEDIÁN, M. *Tráfico de personas…*, op. cit., p. 25.

[60] Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, autos N° 2271, del 8 de febrero de 2010.

en un lugar total o parcialmente bajo su dominio o bien de carácter público, no siendo requisito ineludible que la entrega sea personal[61].

Debe tenerse presente que los especialistas califican al delito de trata de personas como de los denominados "tipos alternativos", donde basta la realización de tan sólo una de las acciones descriptas en la norma para que se configure el ilícito[62].

Esta conducta delictiva se puede clasificar como de "resultado anticipado" en la cual el legislador reprime un accionar anticipándose al momento de la consumación. En otras palabras, para poder hablar de trata de personas no se exige que efectivamente se cumpla la finalidad de explotación[63], basta con que este propósito exista y sea el motivo por el cual el autor exterioriza la conducta prohibida. Por ejemplo, será responsable penalmente aquel que capte a un trabajador agrícola con el fin de someterlo a condiciones infrahumanas de explotación laboral, siendo suficiente que exista este objetivo final, mas no siendo necesario que este propósito se haya conseguido.

2.7. Modalidades de explotación

El Fiscal a cargo de la Procuraduría de Trata de Personas y Secuestros Extorsivos de la República Argentina ha explicado que "explotar (sea bajo la vertiente sexual, laboral o de servidumbre) no es lo mismo que encerrar o restringir la capacidad ambulatoria, aunque a veces el explotador pueda valerse de esos medios. Explotar es, antes bien, convertir al otro en instrumento del provecho económico afectando sustancialmente sus derechos humanos. Eso puede lograrse por la fuerza o encierro (violencias) pero no únicamente así. También puede hacerse por amenaza, intimidación, coerción engaño o fraude, o por abuso de posición dominante (abuso de autoridad o abuso de una situación de vulnerabilidad). Estos últimos –engaño y abuso de una situación de vulnerabilidad– son los modos más sutiles de lograr una explotación, los más habituales"[64].

---

[61] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas,* op. cit., pp. 25/27.

[62] En este sentido, ver VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional,* Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 410, por la legislación española y HAIRABEDIÁN, M., *La trata de personas…* op. cit., p. 29 por la ley argentina.

[63] Conforme el criterio seguido por autores como HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…,* op. cit., p. 29 y VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP...", op. cit., p. 828. A partir de la reforma operada en 2012, la consumación de la explotación funciona como una agravante en Argentina. Sin embargo, tanto en España como en Argentina se reconoce que la trata se puede consumar aún sin que se logre el fin de explotación. La Cámara Nacional de Casación Penal argentina, Sala IV, en la causa nro.12479, "Palacio H R s/recurso de casación", registro nro. 2149/12, rta.13/11/12 (caso de trata en grado de tentativa), el Tribunal resolvió que no resultaba necesario para la consumación que el autor logre la ultrafinalidad que el tipo exige –el fin de explotación–.

[64] COLOMBO, M., *Trata de personas…,* op. cit. p. 33.

Las finalidades explotativas que se estudian a continuación se encuentran prohibidas por distintos instrumentos internacionales destacados con anterioridad y pueden adoptar las siguientes manifestaciones:

2.7.1. Reducción a esclavitud, servidumbre o prácticas análogas

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956) define las formas de explotación más tradicionales[65].

El primer término (esclavitud) alude al estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad[66]. El informe sobre las formas contemporáneas de la esclavitud labrado por Naciones Unidas en 2017[67] consigna que la definición se refiere "no sólo a la condición de esclavitud *de jure*, sino a la condición de esclavitud *de facto*, y no se limita a la propiedad legal —abolida en todo el mundo— sino a una situación de vida por la que una persona ejerce sobre otra atributos similares o vinculados al derecho de propiedad. Una situación de esclavitud *de facto* implica que una persona puede ejercer sobre otra los atributos vinculados a la propiedad o algunos de ellos en circunstancias en que el control equivale a la posesión; este tipo de control constituye un requisito previo para cualquier ejercicio *de facto* de dichos atributos".

El documento también afirma que la prohibición de la esclavitud ha alcanzado el estatus de *jus cogens,* por lo que constituye una obligación *erga omnes*[68]. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su cuerpo normativo enseña que un tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general será nulo en la medida que esta norma, por definición, resulta ser "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario"[69]. De manera que el *ius cogens* se caracteriza por ser de carácter imperativo y no admitir acuerdo en contra, imponiendo a los Estados la

[65] Estas formas de explotación se encuentran proscritas en diversos tratados y convenios internacionales suscritos por ambos Estados. A modo de ejemplo, España suscribió el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 243, 10/10/1979) mientras que en América hallamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica en 1969, aprobado por Argentina mediante Ley N° 23.054 de 27/03/1984. Ambos documentos internacionales prohíben la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado.

[66] Art. 1 de la Convención sobre Esclavitud, Ginebra, 25/09/1926.

[67] ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, A/HRC/36/43, 2017, disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=160, p. 4 (última consulta: 02/03/18).

[68] International Court of Justice, Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. Belgium v. Spain, de 05/02/1971, § 33.

[69] Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969.

obligación de impedir la impunidad de tales conductas[70]. Esta finalidad se colige con los objetivos que se encuentran plasmados en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional[71] y que constituyen la razón de ser de la existencia de la Corte Penal Internacional.

El informe de las Naciones Unidas resalta que se ha aceptado universalmente que la práctica de la esclavitud es un crimen de lesa humanidad[72], y el derecho a no ser sometido a esclavitud se considera tan fundamental que todos los Estados pueden presentar ante la Corte Penal Internacional casos de violación de ese derecho por otros Estados. En efecto, el legislador español ha incorporado la definición internacional de esclavitud en el contexto de los delitos de lesa humanidad. Explica DAUNIS RODRÍGUEZ[73] que el art. 607 bis 2.10 del CP aborda la esclavitud como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población o una parte de ésta, castigando con la pena de prisión de cuatro a ocho años a quien sometiera a alguna persona a esclavitud o la mantuviera en ella. El artículo define la esclavitud como la "situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque". El autor observa que en la esclavitud, el sujeto pasivo se halla inmerso en un sistema absoluto de explotación, "adquiriendo el esclavista un dominio total sobre la capacidad de decisión de la víctima que abarca cualquier tipo de dimensión y espacio vital de la misma"[74].

El concepto de servidumbre es el único de los contemplados en este primer subgrupo que no cuenta con un tratamiento normativo claro. Podría tomarse la definición elaborada por la Comisión Europea de Derechos Humanos[75], que la identifica con la circunstancia de tener que vivir y trabajar en la propiedad de otra persona realizando determinadas actividades para ella, remuneradas o no, careciendo de capacidad de alterar las condiciones dadas. Explica que se trata de una forma de esclavitud que no difiere de ésta en lo que respecta a su carácter o grado, pero sí en cuanto a que la servidumbre

[70] VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional,* Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 75.

[71] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998. Ratificado por España, BOE núm. 126, de 27/05/2002. Ratificado por Argentina, Ley 25.390, B.O. 23/01/2001.

[72] ONU, *Informe de la Relatora…,* op. cit., p. 5. En este sentido, el artículo 7.1.c del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entiende la esclavitud como crimen de lesa humanidad, de competencia de la Corte.

[73] DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata…,* op. cit., pp. 120-121.

[74] Ídem.

[75] El informe explicativo del Consejo de Europa, *Explanatory Report – CETS 197 – Action against Trafficking in Human Beings,* 197, Varsovia, 2005, disponible en: https://rm.coe.int/16800d3812 (última consulta: 03/06/2018), ha indicado: "The European Commission of Human Rights regarded it as having to live and work on another person's property and perform certain services for them, whether paid or unpaid, together with being unable to alter one's condition […]. Servitude is thus to be regarded as a particular form of slavery, differing from it less in character than in degree. Although it constitutes a state or condition, and is a "particularly serious form of denial of freedom […] it does not have the ownership features characteristic of slavery" (§ 95).

no constituye una forma de propiedad. De todas formas, advierte que la servidumbre se caracteriza por tratarse de una conducta que limita la libertad.

No obstante, la doctrina no es pacífica cuando aborda la diferencia entre "esclavitud" y "servidumbre". LUCIANI elabora una síntesis de las dos posturas más relevantes y explica que en los partidarios de la primera, sostienen que con la servidumbre se ha querido sustituir la tradicional idea de esclavitud (caracterizada por la existencia de una relación de sometimiento y enajenación de la voluntad y albedrío de un individuo limitada a la posesión física), por una conducta que implique no sólo estar físicamente bajo el dominio de otro, sino que alcance los extremos de una dominación psíquica. Otro sector doctrinario advierte en la servidumbre una modalidad abusiva de una relación de servicio, donde no se exige que se ejerzan atributos de derecho de propiedad sobre su persona, sino que el sujeto cumpla funciones o "servicios" coactivos[76].

DAUNIS RODRÍGUEZ concibe que la diferencia entre ambos institutos no debe buscarse en la naturaleza de las conductas, sino en el método que utiliza el explotador para someter a la víctima: la deuda[77]. "La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios"[78]. Considera el autor que, en la mayoría de los casos, la deuda es inducida por el propio explotador, quien la aumenta de manera progresiva (e intencional) hasta lograr un valor que haga imposible su cancelación. De esta manera, podrá continuar sometiendo indefinidamente al sujeto pasivo, aprovechándose de los beneficios que su dominación le representa. Naciones Unidas ha explicado que la deuda inclusive puede llegar a transmitirse a los herederos del esclavo que se ven obligados a trabajar, perpetuándose el proceso esclavista de generación en generación[79].

A pesar de las variadas interpretaciones asignadas a este instituto existe cierto consenso en entender que la servidumbre importa posesión, manejo y utilización del sujeto pasivo, es decir, subordinación de la voluntad del sujeto pasivo a la del sujeto activo, sin otorgarle contraprestación por los servicios recibidos[80].

Resulta de interés la observación realizada por ABOSO en cuanto a la analogía normativa que *prima facie* parece existir entre la trata con fines de esclavitud o servidumbre, regulada en el digesto penal argentino en el artículo 145 bis y la norma que

[76] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 200.

[77] DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata…,* op. cit., p. 122.

[78] Sección I, Art. 1.a de la Convención Suplementaria contra la Esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956.

[79] ONU, *Informe de la Relatora Especial…*, op. cit., p.12.

[80] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 201.

sanciona la reducción a la servidumbre (art. 140 C.P.)[81]. Al respecto, aclara que son delitos autónomos en tanto "las acciones típicas de ofrecer, captar, trasladar, recoger o acoger a una persona con la finalidad de destinarla a cualesquiera de las formas de explotación humana previstas por la ley se constituyen de manera previa a la comisión al delito de reducción a la servidumbre del art. 140 CP". Y añade que los tratantes no necesariamente reducen a la víctima a una condición de esclavitud o servidumbre, sino que pueden realizar cualquiera de las conductas típicas con el fin de restringir su ámbito de autodeterminación[82].

Resta por aclarar que en todas estas modalidades autor será tanto quien ejerza el sometimiento de la víctima, como quien reciba de otro al sujeto y lo mantenga en ese estado o lo entregue a un tercero con idéntico fin[83].

Conforme la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, se considera una práctica análoga a la esclavitud la "servidumbre de gleba" que consiste en que una persona es obligada por ley, costumbre o acuerdo a vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otra y a prestar determinados servicios sin libertad para cambiar su condición[84].

La ley argentina sancionada en el año 2008 regulaba este supuesto en su artículo 4 pero mediante la reforma que introdujo la ley N° 26.842 del 2012, se eliminó este comportamiento explotativo de "someter a prácticas análogas". Interpreta ABOSO que dicha circunstancia se debe a que ya se recogían los institutos de esclavitud y servidumbre, por lo que no resultaba necesario mantener esta categoría normativa[85].

Por último, se encuentra en "condición análoga" aquel que, sometido a la potestad de otro, ve anulada su posibilidad de autodeterminación. El artículo 1.c y 1.d de la Convención Suplementaria bajo estudio, proscribe a toda institución o práctica que consista en una "promesa" de matrimonio de una mujer por algún miembro de su familia a cambio de dinero o especie; la cesión de la mujer por su marido o por el clan de éste; la transferencia de la mujer a otro por muerte y la entrega de un menor de edad por sus progenitores con el propósito de que se explote al niño. En el primero de los supuestos congloban los elementos que requieren los matrimonios forzados. Se produce una clara cosificación de la mujer[86] al considerarla una verdadera mercancía lista para la venta, obteniendo determinados beneficios a través de su entrega en matrimonio.

---

[81] El art. 140 CP reza: "Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil" (Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842).

[82] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 98-99.

[83] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…,* op. cit. p. 79.

[84] Sección I, Art. 1.b de la Convención Suplementaria contra la Esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956.

[85] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 98-99.

[86] DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata…,* op. cit., p. 124.

DAUNIS RODRÍGUEZ explica la "cesión forzada" como una especie de derecho de propiedad o posesión sobre la mujer, del que se puede disponer para conseguir una ventaja. Nuevamente, en la "transmisión por herencia" la mujer vuelve a reducirse a la naturaleza de título de propiedad que puede transferirse por herencia[87].

Resta por abordar brevemente la cuestión relativa al fin de adopción ilegal. Si bien la modalidad no fue incorporada como supuesto autónomo por el derecho interno argentino ni español, la Nota Interpretativa de Naciones Unidas[88] afirmaba que cuando la adopción ilegal equivaliera a una práctica análoga a la esclavitud, correspondería también al ámbito de aplicación del Protocolo. De igual modo, en el marco de la Unión Europea, la Directiva 2011/36/UE establece que la definición que brinda la normativa incluye a la trata de seres humanos que tiene por objeto la adopción ilegal "en la medida en que concurran los elementos constitutivos de la trata de seres humanos"[89].

Otros supuestos no recogidos en la Convención Suplementaria podrían conformarlo la inexistencia de condiciones infrahumanas de trabajo, es decir, circunstancias que no implican un sometimiento pleno pero que sí constituyen un estado análogo al de la servidumbre. De ello se colige que no existen conceptos cerrados, sino que cada caso concreto debe ser valorado apreciando el grado de sometimiento de una persona a la voluntad de otra[90].

En suma, se puede concluir que el elemento característico de la esclavitud está determinado por la "cosificación total o parcial del sujeto sobre quien, al quedar convertido en cosa, recae un poder dominical propio del derecho de propiedad"[91]. En ese proceso se despoja al sujeto sus derechos y su dignidad, reduciéndolo a la calidad de un mero bien mueble fácilmente intercambiable por otro.

2.7.2. Trabajos forzados

El Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930 establece que la expresión "trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"[92]. Son dos los criterios rectores que caracterizan esta modalidad de explotación: 1) que

[87] Ídem.

[88] *Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la trata de personas*, Nota Interpretativa de Naciones Unidas, *travaux preparatoires,* 2002, disponible en: www.oas.org/atip/reports/annot_prot_spanish.pdf (última consulta 20/05/18).

[89] Párrafo 11 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011.

[90] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., pp. 202-203.

[91] SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, 2007, p. 85.

[92] Artículo 2 del Convenio sobre Trabajo Forzoso.

el trabajo se realice bajo amenaza, 2) que se ejecute contra la voluntad del trabajador. También se encuentra contemplado en el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE.

Este comportamiento explotativo suele manifestarse a través de la concurrencia de algunos indicadores como la contratación engañosa, el abuso de una situación de vulnerabilidad, el confinamiento, el endeudamiento inducido, la retención de documentación, las condiciones indignas de trabajo, la remuneración exigua, la jornada extensa, la ausencia de asistencia sanitaria y de seguridad social, las condiciones infrahumanas de alojamiento –sin viviendas acondicionadas, hacinamiento– etcétera[93]. Se interpreta la amenaza en sentido amplio[94] por lo que puede adoptar distintas formas de exteriorizarse: desde actos que impongan violencia física, la amenaza de una sanción penal, de privación de derechos, de violencia, o de muerte de la víctima de sus familiares, hasta otras manifestaciones más sutiles como pueden ser formas de violencia psicológica. Añadido a ello, habitualmente el trabajo forzoso se concentra en sectores económicos a base de mano de obra, con rotación de personal y cambios estacionales (como la agricultura, minería, construcción, talleres textiles y restaurantes)[95].

En cuanto al segundo elemento relativo al consentimiento, VILLACAMPA ESTIARTE explica que se considera presente cuando "se ha otorgado libremente y es posible revocarlo", de manera que para saber si se han aceptado tales condiciones laborales, habrá que atender a las concretas circunstancias de la víctima[96].

Con acierto señala LUCIANI que la situación de los inmigrantes es inclusive más grave, en especial si se les retiene el pasaporte. En este contexto, los extranjeros quedan a merced de su empleador e ingresan a una economía subterránea en la que ellos mismos procurarán pasar inadvertidos, temerosos de ser detenidos, tolerando ese vejamen en aras de no ser expulsados. Por ello no denuncian, no discuten las condiciones de trabajo, de paga, ni cuestionan el incremento de la deuda. La economía sumergida o informal, también conocida como "*shadow economy*"[97], estimula la migración irregular y habilita a una vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los extranjeros. SERRA CRISTOBAL realiza un interesante análisis mediante el cual vincula este tipo de modalidad con la ausencia de reglamentación y control de determinados ámbitos

[93] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 205. En similar sentido se pronuncia SERRA CRISTOBAL y R., LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit. pp. 88-89.

[94] VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos…,* op. cit., p. 435.

[95] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 208.

[96] VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos…,* op. cit., p. 436.

[97] LUCIANI, D.S., *Trata de personas…*, op. cit., p. 206 y TYURYUKANOVA, E. *Forced labour in the russian federation today: irregular migration and trafficking in human beings*, International Labour Office, Ginebra, 2005, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081997.pdf (fecha de consulta 9/5/2018). A este respecto, la autora sostiene: "Economic chaos, the huge scale of the shadow economy and incomplete migration laws stimulate irregular migration, and allow irregular immigrants to enter, settle and find illegal employment in Russia, and allow severe exploitation and human rights abuses which remain largely unpunished".

laborales donde a todas luces, los explotadores se benefician no sólo de la mano de obra barata, sino también de la absoluta ausencia de cargas fiscales y de seguridad social que en circunstancias tradicionales deben cubrir[98].

En 2012 la Organización Internacional del Trabajo calculó que 20,9 millones de individuos eran víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo[99]. Los datos más actuales denotan un marcado incremento de las personas afectadas con esta práctica. Este organismo recientemente ha informado que 40,3 millones de personas fueron víctimas de esclavitud moderna en 2016. Esta cifra se compone por 24,9 millones de personas obligadas a desarrollar trabajo forzoso y 15,4 millones compelidas a unirse en matrimonio. Esto se traduce en que en el mundo hay 5,4 personas de cada 1.000 que son víctimas de cualquier forma de esclavitud, siendo 1 de cada 4 víctimas niños. De las 24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura; 4,8 millones de personas son víctimas de la explotación sexual forzosa; y 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado. El trabajo forzoso afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 por ciento de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 por ciento en otros sectores[100].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), tribunal internacional competente para condenar a los Estados que no respeten los compromisos asumidos con el CEDH, en el asunto *Van der Mussele* c. Bélgica incluye el concepto de "servicios forzados" e incorpora, como elemento característico de esta modalidad, la noción de "carga desproporcionada" en la labor que debe desempeñar el trabajador[101].

El mismo Tribunal, en el asunto *Siliadin* c. Francia, expresa que para que se configure el supuesto prohibido no es necesario haber recibido una amenaza de sanción en los términos que exige la Organización Internacional del Trabajo; basta que se encuentre la víctima en una situación similar o equivalente de amenaza (en el caso, era menor de edad, extranjera, en situación migratoria irregular y con temor de ser aprehendida por la policía)[102].

---

[98] SERRA CRISTOBAL y R., LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit. p. 89.

[99] GÓMEZ LÓPEZ, M.I. y MUÑOZ SÁNCHEZ, E., "Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español", en *Cuadernos de Política Criminal* nº 123, III. Época II, 2017, p. 216.

[100] Informe de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, *Global Estimates of Modern Slavery…*, op. cit., pp. 7-8.

[101] STEDH *Van der Mussele* c. Bélgica, de 23/11/1983, § 39.

[102] STEDH *Siliadin* c. Francia de 26/07/2005. "The Court notes that […] although the applicant was not threatened by a 'penalty', the fact remains that she was in an equivalent situation in terms of the perceived seriousness of the threat. She was an adolescent girl in a foreign land, unlawfully present on French territory and in fear of arrest by the police. Indeed, Mr. and Mrs. B. nurtured that fear and led her to believe that her status would be regularized", § 118.

Por último, en el asunto *C.N y V.* c. Francia, el TEDH establece la diferencia del trabajo forzado respecto de otros trabajos ligados a la ayuda familiar o la convivencia, y fincó la distinción en la naturaleza y volumen de la actividad a la que la víctima es sometida[103].

2.7.3. Explotación para realizar actividades delictivas

Esta conducta, prevista como modalidad autónoma en la legislación española, encuentra su regulación en el apartado 1.c del artículo 177 bis del C.P., conforme lo dispone el art. 2.3 de la Directiva 2011/36/UE. Se la considera una forma de explotación laboral y consiste en la realización de actividades ilícitas tales como pequeños hurtos de objetos de escasa cuantía, actos vinculados al tráfico de drogas e incluso de colaboración con la misma red de explotación en actividades de vigilancia, transporte de víctimas, etcétera[104].

Si bien Argentina no la regula expresamente, ha ratificado el Convenio de la OIT N°182 de 1999 que establece como una de las peores formas de trabajo infantil "la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes"[105].

2.7.4. Mendicidad

Los elementos que requiere esta modalidad de explotación se hallan en la Directiva 2011/36/UE[106], que expone en el párrafo 11 del Preámbulo que la mendicidad forzosa "debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio N°29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso". Asimismo, al igual que se ha indicado en las otras modalidades analizadas, el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE titulado "Infracciones relacionadas con la trata", en su apartado tercero, determina que una de las manifestaciones de la explotación es "el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad".

---

[103] STEDH *C.N y V.* c. Francia, 11/10/2012, § 74.

[104] VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos…,* op. cit., p. 77. En este mismo sentido, SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit., p. 96.

[105] Artículo 3.c del Convenio de OIT N° 182, ratificado por Argentina el 05/02/2001, conforme web oficial de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102536 (última consulta: 14/06/2018).

[106] Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011.

En este tipo de actividad delictiva se utiliza a personas para mendigar en las calles, a las que el tratante luego retiene las limosnas que obtienen. El acto de mendigar puede consistir en un pedido de limosna o la venta de baratijas, de pañuelos de papel, limpiar los parabrisas de los vehículos en los semáforos, etcétera, debiendo, en la mayoría de los casos, alcanzar una suma mínima impuesta por el explotador[107].

Señala VILLACAMPA ESTIARTE[108] que los mayores afectados suelen ser los menores de edad provenientes de países en los que abundan niños que viven en las calles sin familia como puede ser Brasil, India, Filipinas, Kenia, Bangladesh, Camboya. Son especialmente seleccionados por sobre los adultos sanos porque generan una imagen de desamparo mayor, lo que se traduce en un incremento en la obtención de limosnas. Por el mismo motivo, también son pasibles de este destino lastimoso las personas que han sufrido alguna mutilación o que presentan discapacidades.

Explica esta autora que es habitual que se reúna a un grupo de personas con estas características a las que se les provee de un alojamiento, debiendo residir de manera hacinada en las periferias de las grandes ciudades. Operan del siguiente modo: a diario un miembro de la red los busca por el sitio en que pernoctan y los distribuye en zonas estratégicas (principalmente en centros turísticos). Al finalizar la jornada son recogidos por el tratante quien les quita el dinero que pudieran haber ganado y los traslada nuevamente al lugar donde los alberga.

Además de encontrarse expresamente contemplado en el art. 177 bis del C.P. español, este comportamiento delictivo fue reconocido por la Audiencia Provincial de Cádiz en ocasión de condenar a una pareja por trata de personas con fines de explotación por mendicidad[109]. El Tribunal halló responsables a los acusados por haber captado a un hombre y a una mujer de nacionalidad rumana abusando de su situación de vulnerabilidad, escasa educación y penuria económica, obligándolos al ejercicio de la mendicidad bajo estricto control, trato inhumano y degradante, con agresiones físicas y agresión sexual a la mujer.

A su turno, el legislador argentino no ha considerado necesaria su incorporación expresa porque concibe que ésta se halla incorporada dentro de la explotación laboral. Así lo ha entendido la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión del debate parlamentario de cara a la reforma operada en 2012, donde los senadores manifestaron: "[…] en cuanto a las formas detectadas de la trata de personas, el 79% se produce para la explotación sexual, un 18% es para trabajo forzado, y el resto es para servidumbre doméstica, matrimonio forzado, extracción de órganos, explotación de niños en la mendicidad y la industria del sexo. La explotación de niños en la mendicidad representa un problema gravísimo, que está dentro de esta forma jurídica […] a

[107] VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos…*, op. cit., pp. 76-77. En este mismo sentido, SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit., p. 95.

[108] Ibídem VILLACAMPA, pp. 76-77.

[109] SAP CA 1563/2013, de 28 de junio de 2013.

veces la vulnerabilidad del niño lleva a ayudarlos y a no prestar atención en qué red hay detrás de esas criaturas"[110]. No obstante, algunas voces que se alzan en contra estiman conveniente contemplar esta modalidad expresamente[111], en aras de evitar cualquier discusión al respecto, en especial en la esfera judicial.

Hasta aquí se han expuesto las diversas manifestaciones que recogen los diferentes marcos normativos en cuanto a la trata de seres humanos con finalidades de explotación laboral. La Cámara Federal de Casación Penal Argentina ha establecido que los indicadores a verificar para determinar si se está en presencia de un supuesto de explotación laboral son: largas jornadas de trabajo, condiciones de salubridad e higiene (hacinamiento), cantidad de trabajadores, retención del salario, existencia de restricciones a la libertad de locomoción y/o psíquica, todas pautas que deben evaluarse en forma conglobada, pues la ausencia de una de ellas no necesariamente determina la atipicidad de la conducta[112].

2.7.5. Explotación sexual

La ley argentina reprime a quien "promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos". La fórmula incluye al que ayude, induzca o impulse cualquier forma de comercio sexual[113]. A la persona sujeta a explotación sexual se la considera un objeto de intercambio o "mercancía", que se coloca en un mercado de ofertas y demandas para ser comercializada como producto.

Lo que se persigue no es sancionar el ejercicio de la prostitución, sino a quienes se colocan detrás de esta actividad, ya sea instigando, allanando los obstáculos o lucrando a costa del padecimiento y sacrificio de terceros[114].

Señala HAIRABEDIÁN [115] que "víctima" puede ser tanto una persona que ya ha sido explotada con anterioridad, como aquella que nunca lo fue, resultando irrelevante a los efectos penales la circunstancia de que se halle inserta en el circuito de la prostitución.

El autor argentino explica que tampoco será relevante la existencia previa de una autorización estatal para el ejercicio de la prostitución. Esto se debe a que cuando se configura la trata no puede haber permiso administrativo alguno que convierta en atípico el hecho. Por el contrario, según las instrucciones impartidas por la Procuración

[110] Cámara de Senadores de la Nación 10° reunión, 8° sesión ordinaria 31/8/2011, p. 41, disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/tac

[111] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 321.

[112] Conforme el análisis efectuado de las distintas resoluciones que llegaron a conocimiento de la Magistrada FIGUEROA, A. M., *El derecho de género. Violencia contra las mujeres y trata de personas,* Buenos Aires: Ediar, 2017, pp. 173-174.

[113] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 210.

[114] Ídem.

[115] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…* op. cit., pp. 88-89.

General de la Nación, los fiscales deben propiciar la clausura de los locales con habilitación municipal destinados al ejercicio de la prostitución[116].

La Resolución PGN N° 99/2009 se adoptó con motivo a la decisión de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional[117] que declaró la inconstitucionalidad del artículo que castiga a quienes "sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia" (art. 17 de ley N° 12.331, B.O. 11/1/1937[118]). Como reacción a ello, el Ministerio Público Fiscal elevó un informe que defendía la constitucionalidad de la norma, la importancia de sus efectos en la persecución del delito y el vínculo innegable que existe entre los prostíbulos y la trata de personas con fines de explotación sexual. Además, ello surge explícitamente del informe exploratorio sobre la situación del delito de trata de personas en la Argentina ya expuesto[119], en el que se afirma que los prostíbulos constituyen el destino por excelencia de las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual.

Es dable destacar que también se instruyó a los funcionarios de la Procuración General de la Nación mediante la Resolución PGN N° 39/2010[120] a que se desarrollen investigaciones proactivas en especial en conductas que puedan encuadrar dentro del art. 17 de la ley N° 12.331 el cual "se encuentra estrechamente ligado a la finalidad de explotación sexual de la trata", lo que se traduce en que "la figura penal del artículo 17 de la ley N° 12.331 ha sido concebida desde su sanción como una herramienta legislativa para atacar el fenómeno de la esclavitud sexual de las mujeres". Y añade que "a partir de la marcada relación entre el delito de trata de personas y el proxenetismo, resulta necesaria una rigurosa investigación de todas las manifestaciones de este último fenómeno".

La explotación sexual también fue objeto de tratamiento en el Convenio para la represión de la trata y de explotación de prostitución ajena de Naciones Unidas de 1949, que castiga a toda persona que para satisfacer las pasiones de un tercero concertase la prostitución de otra, aún con el consentimiento de aquella[121].

Una de las mayores preocupaciones que genera la persecución de esta modalidad delictiva radica en que los espacios donde usualmente se llevaban a cabo estas conductas han sido sustituidos por otros más clandestinos, dificultando su detección. Tradicio-

[116] Resolución PGN N° 99/2009, Buenos Aires, 24 de agosto de 2009.

[117] Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa N° 42.719, caratulada "Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento", 19 de agosto de 2009.

[118] El artículo 17 de la Ley N° 12.331, B.O. 11/1/1937 establece: "Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de mil pesos moneda nacional. En caso de reincidencia sufrirán prisión de uno a tres años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena; expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero".

[119] *Estudio exploratorio sobre trata de personas…* op. cit.

[120] Resolución PGN N° 39/2010, Buenos Aires, 22 de abril de 2010.

[121] Artículo del 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949.

nalmente, ciertos centros contaban con habilitación municipal para funcionar como whiskerías, saunas, casas de citas, no obstante encubrían el comercio sexual. En la actualidad y debido a una comprometida labor ejecutada desde distintas esferas[122] (desde el ejecutivo con ordenanzas municipales, del legislativo con modificaciones normativas, del judicial con las interpretaciones jurisprudenciales y de parte del Ministerio Público Fiscal con la instrucción a los fiscales en la forma de desarrollar ciertas investigaciones), los tratantes han copado nuevos espacios. En consecuencia, mutó la forma en que acostumbraban a ejecutarse estos comportamientos delictivos por sitios más ocultos y discretos, obstaculizando así la detección e investigación policial. A partir de la coyuntura, se impusieron los *privados*, las casas de masajes, centros de estética, entre otros.

Pero dicha transformación no es exclusiva del país latinoamericano. En España también se observa que la estructura se ha convertido en más compleja y selectiva. MAQUEDA ABREU[123] aporta algunos ejemplos y advierte las nuevas formas que adoptan estos circuitos de oferta: saunas, clubes, salones de masajes, servicios de acompañantes, bares, etcétera. También repara en la modificación operada en la demanda de servicios sexuales, que se ha tornado más variada, prefiriendo mujeres extranjeras y en gran medida, exóticas.

Según datos oficiales, durante las inspecciones realizadas en 2014 se detectó a un total de 13.983 personas en riesgo de encontrarse en situación de trata de seres humanos y/o de explotación sexual (13.159 personas en situación de riesgo, en 2013), siendo la gran mayoría mujeres y detectadas en "clubes de alterne con plaza"[124]. JORDANA SANTIAGO reproduce los datos recopilados en la Unión Europea (Eurostat) que denotan que más del 65% de las víctimas sufre explotación sexual en prostitución callejera, prostitución en *red light districts* o en burdeles, clubs y bares de striptease, industria pornográfica, servicios de *escorts* o saunas, entre otros[125].

---

[122] A modo de ejemplo, en noviembre de 2012 se aprobó la Ordenanza N° 3837/12 que rige en la ciudad de Mendoza, Argentina, la cual prohíbe la apertura y habilitación de establecimientos y/o locales de alterne y ordena la clausura de los existentes. La Ley N° 26.842 (modificatoria de ley N° 26.364) que, como se explicó con anterioridad, reformó artículos del Código Penal argentino en materia de trata de personas. A su turno, la Procuración General de la Nación elaboró distintos documentos como la Resolución PGN N° 99/2009 ya citada para los casos en los que se allane un local que funcione como lugar de explotación sexual del delito de trata de personas y /o sus delitos conexos; la Resolución PGN N°1330/2017 para las investigaciones vinculadas con el secuestro o intento de secuestro de personas en la vía pública, mediante la utilización de camionetas tipo "traffic" o vehículos de similares características; entre otras instrucciones.

[123] MAQUEDA ABREU, M.L., "El tráfico de personas con fines de explotación sexual", en *Jueces para la democracia,* N° 38, 2000, pp. 23-29, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174827 (última consulta: 2/06/18).

[124] *Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, p. 38, disponible en: www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf (última consulta: 2/06/18).

[125] JORDANA SANTIAGO, M., "La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza" en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* N° 111, 2015, pp. 57-77, disponible en: https://www.cidob.org/.../57-78_MIRENTXU%20JORDANA%20SANTIAGO.pdf (última consulta: 03/06/18).

Resulta digno de mencionar una de las más destacadas intervenciones del TEDH en en un caso de trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual. En el asunto *Rantsev c.* Chipre y Rusia[126], el demandante, padre de una joven fallecida en Chipre, alegaba que la policía chipriota no había protegido a su hija ante los perpetradores que la habían sometido a la trata de seres humanos y que las autoridades rusas no habían investigado las conductas ilícitas antes ni después de la muerte de su hija.

El TEDH señaló que la trata de seres humanos convierte a los individuos en bienes destinados a ser comprados y vendidos, forzándoles a trabajar, lo cual está proscrito por el artículo 4 del CEDH. Condenó a Chipre por no haber implementado un dispositivo legal y administrativo adaptado a la lucha contra la trata, y porque la policía no protegió la fallecida cuando las circunstancias habían demostrado indicios de que podría ser víctima de hechos de esta naturaleza. Condenó también a Rusia, por infracción al mismo artículo 4 del CEDH, al considerar que no había investigado la forma en que había sido reclutada la víctima *Rantsev* y, especialmente, por no haber tomado ninguna medida para determinar la identidad de los reclutadores, así como los medios por ellos empleados[127].

Con la sentencia, el Tribunal de Estrasburgo evidencia la necesidad de que los Estados se comprometan a adoptar mecanismos legales que protejan a las víctimas de trata de personas y a la formación y especialización de las autoridades a cargo de la detección e identificación de personas víctimas de este ultrajante delito.

Corresponde ahora analizar otro supuesto de explotación sexual ligado a la pornografía. Sostiene HAIRABEDIÁN que la explotación sexual incluye la pornografía en todas sus variantes y también el *show* erótico[128]. Por ello, en el año 2012 el legislador argentino introdujo como comportamiento explotativo la promoción, facilitación y/o comercio de pornografía de niños y adolescentes menores de 18 años.

Con esta incorporación se persigue a todo aquel que incite, estimule, provoque, allane obstáculos o le proporcione medios al menor de edad para que sea protagonista de cualquier manifestación explícita en la que aparezca realizando actos sexuales o se exhiba con fines sexuales[129]. Este apartado se ajusta a los estándares internacionales fijados por la Convención sobre los Derechos del Niño que protege al menor de edad contra todas formas de explotación, abuso sexual, y/o actividades de índole sexual manifiestas; así como por su Protocolo Facultativo que define la pornografía infantil como

[126] STEDH Rantsev c. Chipre y Rusia, demanda N° 25965/04, 7/1/2010.

[127] La sentencia expresa: "Las autoridades chipriotas no tomaron medidas para proteger a la Srta. Ranstev de la trata así como para investigar si había sido objeto de trata. Se ha encontrado además que las autoridades chipriotas no llevaron a cabo una investigación efectiva sobre la muerte de la Ranstsev. En consecuencia, el Tribunal está convencido de que debe considerarse la angustia el sufrimiento del solicitante como consecuencia de las circunstancias inexplicables de la muerte de la Srta. Ranstev así como el fracaso de las autoridades chipriotas para adoptar medidas que la protegieran con la trata y la explicación y para investigar eficazmente las circunstancias de su llegada y estancia en Chipre".

[128] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…* op. cit., pp. 87-88.

[129] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 214.

"toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales"[130]. Idéntica prohibición dispone el Convenio de la OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil que abarca "la utilización, reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, producción de pornografía o actuaciones pornográficas"[131]. El fin es la preservación del menor, la estabilidad emocional, su normal desarrollo personal y la defensa de sus derechos en atención a su inmadurez física, psíquica y sexual.

Por su parte, la norma española al reprimir "la explotación sexual, incluyendo la pornografía" parece haber ido más allá que su par argentina, pudiendo interpretarse que el legislador ha querido extender la esfera de protección también a los mayores de edad. De tal manera, tanto menores de 18 años como adultos se encuentran protegidos en la persecución penal de individuos que realicen conductas ligadas a esta desdeñable modalidad.

2.7.6. Extracción de órganos, tejidos o fluidos corporales

El mercado del tráfico de órganos ha visto un incremento cuantitativo en los últimos años en parte por los avances en el campo de la medicina –en especial, de la ablación de órganos– que han aumentado considerablemente la expectativa de vida de las personas, en parte por lo rentable que es el negocio. Con este panorama, la donación de órganos resulta insuficiente para satisfacer la creciente demanda lo que ha derivado en un crecimiento exponencial del tráfico de órganos de personas vivas o muertas[132].

El fundamento de esta protección finca en el principio general que establece que el cuerpo humano y los elementos que lo componen se encuentran fuera del mercado de bienes y servicios lícitos[133].

La normativa española, siguiendo los mandatos de la comunidad internacional[134] prevé como modalidad explotativa de la trata de seres humanos la extracción de órganos corporales y deja fuera de su ámbito de protección la sangre y sus componentes. Dada su estrecha vinculación con otras figuras afines (como el tráfico de órganos, previsto en el art. 156 bis del C.P. español[135]), es dable mencionar que para que se configure el

[130] Art. 2.c del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Asamblea General Naciones Unidas, A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

[131] Artículo 3.b del Convenio OIT N° 182.

[132] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., p. 144.

[133] SERRA CRISTÓBAL y R., LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit., p. 97.

[134] Conforme surge de los textos del Convenio de Varsovia, de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y del Protocolo de Palermo.

[135] Art. 156 bis CP: "1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce

delito de trata deben darse todos los elementos del tipo, es decir, que el sujeto activo ejecute alguna de las acciones típicas previstas, empleando algún medio comisivo con el fin de extraerle uno o más órganos al sujeto pasivo.

La captación de esta singular forma de explotación puede ejecutarse mediando o no privación ilegítima de libertad (v. gr. secuestro). No obstante, no es frecuente la utilización de la fuerza para lograr la voluntad de la víctima dado que el sujeto que se expone a esta práctica suele encontrarse inmerso en una situación de vulnerabilidad extrema por lo que al tratante le basta con realizarle una promesa de pago tentadora para que el sujeto acepte la intervención. Como se puede prever, este pago no llega a hacerse efectivo siendo incluso los propios donantes los que, en muchas ocasiones, costean sus propios gastos de traslado, medicación y atención sanitaria. Por ejemplo, la víctima puede ser un inmigrante que para pagar el costo del viaje hacia otro país es sometido a una intervención quirúrgica sin entender las consecuencias que ello provoca en su salud ni haber prestado consentimiento informado[136].

De todas formas, el consentimiento que pudiere otorgar el afectado resulta ineficaz a los efectos de renuncia a la tutela penal de la vida y de la integridad psicofísica en la medida que en ninguna de las legislaciones bajo estudio el homicidio o la práctica ablatoria (de la que derive una afectación al equilibrio individual), pueden ser válidamente asentidas[137].

La legislación argentina, por su parte, reprime a quien promueva, facilite o comercialice la extracción forzosa o ilegitima de órganos, fluidos o tejidos humanos, ampliando su esfera de protección a otros elementos del cuerpo humano como la sangre, por haber sido calificada como tejido[138].

Por último, se critica que con la modificación legislativa operada por la Ley N° 26.842 el legislador suprimió la conducta típica del que efectúa la práctica, que sí se hallaba prevista en la redacción anterior de la norma[139].

2.7.7. Matrimonio forzado

La comunidad internacional toma como estándar que el matrimonio debe ser consecuencia de la libre elección de las partes, esto es, en los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "que esa decisión sea adoptada de manera libre y con

años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal...". La SAP de Barcelona 793/2016 es la primera que condena por un delito de tráfico de órganos del artículo 156 bis del C.P. español.

[136] SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual…*, op. cit., p. 97.

[137] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 145-146.

[138] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…* op. cit., p. 91.

[139] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 218.

pleno consentimiento de los esposos para contraer matrimonio"[140]. De forma similar se regula en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[141].

Incorporada como modalidad autónoma en el artículo 177 bis del C.P. español, apartado 1.e con la reforma operada en el año 2015[142], el matrimonio forzado consiste en la realización de una o más de las acciones típicas previstas en la primera parte de la norma mediante el empleo de algún medio comisivo (a excepción de los menores de edad, donde la utilización de medios no es requerido), con la finalidad de celebrar matrimonios no deseados.

Este fenómeno delictivo se presenta con más frecuencias en los países miembros de la Unión Europea, donde la víctima es trasladada de manera forzosa o fraudulenta a otros sitios con la finalidad de que otra persona contraiga matrimonio con ella[143]. Por ejemplo, ciudadanas de la Unión (generalmente de países del Este) son reclutadas mediante ofertas de trabajo falsas y, una vez llegadas al país de explotación, son obligadas a contraer matrimonio con un nacional de un tercer país para que el contrayente consiga una residencia legal[144].

A su turno, la Ley N° 26.842 también incorpora esta modalidad que no se hallaba presente en la primigenia redacción de la ley N° 26.364, y persigue a aquel que ejecute alguna conducta típica con el propósito de forzar a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho (artículo 2.e de la Ley N° 26.364, conforme Ley N° 26.842).

Debe resaltarse que con la reforma legislativa N° 26.842 se modificó, asimismo, el artículo 140 del Código Penal argentino. La norma en su redacción actual sanciona los casos en que una persona obliga a otra a contraer matrimonio servil[145]. El contenido del injusto, sostiene ABOSO[146], presupone la ausencia del consentimiento de la víctima. El autor entiende que esta delincuencia presenta dos notas características que la diferencian de otras figuras delictivas: en primer lugar, el único medio que regula la norma para torcer la voluntad del sujeto es la violencia que puede ser física o psíquica; y en segundo, no cualquier imposición violenta de matrimonio configura este delito sino que requiere que la víctima ocupe una posición inferior o subordinada al otro cónyuge.

Para este autor, la actual redacción de la Ley N° 26.842 con su inclusión de la finalidad de celebrar matrimonio o unión de hecho no consentidos, implica "un claro reconocimiento de esta nueva realidad en especial con fuerte incidencia en ciertos gru-

[140] Artículos 16.1 y 16.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[141] Artículo 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[142] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Ref. BOE-A-2015-3439.

[143] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 139-143.

[144] JORDANA SANTIAGO, M., "La lucha contra la trata en la UE…", op. cit., pp. 57-77.

[145] Artículo 140 del C.P.: "Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil".

[146] ABOSO, G. E., *Trata de personas...*, op. cit., pp. 140-141.

pos culturales que recogen una antigua tradición de matrimonios por conveniencia o directamente forzosos […] puede observarse el punto de inflexión entre dos culturas diametralmente opuestas sobre el papel que ocupa la mujer en nuestra sociedad y el respeto a la dignidad y a la libertad humanas". En cuanto a la incorporación de las uniones de hecho, si bien la considera un acierto, el concepto "presenta una ambigüedad en cuanto deberá analizarse en cada caso concreto si la mera unión de hecho representa ya una relación de tipo conyugal o bien dicha situación puede ser subsumida en alguna otra variante prevista por la ley bajo estudio"[147].

3. Derechos reconocidos a las víctimas de trata de seres humanos

3.1. Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos

Los organismos nacionales e internacionales comprometidos en la lucha contra la trata de seres humanos entienden prioritario garantizar la eficacia de las políticas dirigidas a combatir esta ultrajante afectación a derechos fundamentales.

El Protocolo de Palermo, primer instrumento internacional regulador de esta problemática, establece como una de sus finalidades la "protección y ayuda a las víctimas de trata, respetando plenamente sus derechos humanos"[148], y enumera un abanico de tareas y programas a cargo del Estado dirigidas a la consecución de ese fin a las que califica "de asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas". Éstas son:

> "1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.
> 2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda: a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa;
> 3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en

[147] Ibídem, p. 143.

[148] Artículo 2 – "Los fines del presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines".

particular mediante el suministro de: a) Alojamiento adecuado; b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) Asistencia médica, sicológica y material; y d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.
5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.
6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos"[149].

A pesar de tratarse de una norma de marcada relevancia, no especifica la forma en que estas acciones deban cumplirse, sino que deja a discreción de cada Estado Parte la forma de llevar a cabo su implementación, resultando las únicas disposiciones de carácter obligatorio aquellas que afectan a la persecución del delito y a la cooperación internacional.

El 29 de abril de 2004 el Consejo de Europa dictó dos documentos: la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos, y la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos u hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes. ORTEGA GÓMEZ[150] ha criticado la última de ellas al considerar que "la protección que ofrece la Directiva 2004/81/CE resulta radicalmente parcial puesto que es una protección condicionada […] basada en un criterio discriminatorio: la condición de extranjero no nacional de un Estado Miembro […] Por otra parte, cuando expira el permiso, la víctima queda sometida a la Directiva 2008/115/CE[151] así como la legislación sobre extranjería del Estado Miembro de que se trate".

Similar regulación al Protocolo de Palermo dispone el Convenio de Varsovia de 2005, el cual además, incorpora un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género[152]. Sin embargo, bajo la mirada de NUÑO GÓMEZ[153], pese al cambio de orientación que

[149] Artículo 6 del Protocolo.

[150] ORTEGA GÓMEZ, M., "La trata de seres humanos en el derecho de la UE", en Donaire Villa, F. J., Olesti Rayo, Andreu, *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia,* Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 181-195.

[151] Relativo a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, publicado en el DOUE, núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

[152] Art. 5.3, Convenio de Varsovia: "Cada Parte promoverá un enfoque basado en los derechos humanos y aplicará un enfoque integrador en materia de género y respetuoso con los menores en el desarrollo, ejecución y valoración de todas las políticas y programas a que hace referencia el apartado 2".

[153] NUÑO GÓMEZ, L., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un

supuso Varsovia, su eficacia ha sido bastante limitada tanto en lo relativo a la protección de las víctimas como respecto a su cobertura territorial. La práctica judicial y policial, entiende esta autora, sigue anteponiendo la persecución del delito sobre el enfoque victimocéntrico. A su vez, el ámbito de actuación obliga solo a los países miembros del Consejo de Europa, es decir, a la cuarta parte de los países del mundo, por lo que el peso de la intervención internacional de un delito con dimensiones transnacionales sigue recayendo en un Protocolo, como el de Palermo, ciego al género.

Por su parte, la Directiva 2011/36/UE, sustitutiva de la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, prevé que las víctimas de trata deben recibir apoyo y protección antes, durante y una vez finalizados los procedimientos criminales contra sus explotadores[154]. No obstante, se cuestiona duramente dicha Directiva en cuanto dispone que los Estados Miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la asistencia de las víctimas a efectos de que puedan ejercer sus derechos conforme la Decisión marco 2001/220/JAI[155]. Se critica el carácter que se le asigna a la protección en la medida que parece estar condicionada a la efectiva participación de la víctima en el proceso penal contra los responsables. La asistencia y apoyo existirá durante un "período adecuado" cuya extensión no queda definida[156] de modo que la duración del período de protección puede variar en función del órgano estatal y de los criterios que éste utilice para su determinación. Asimismo, la adecuación del período de tiempo está relacionada con el ejercicio de derechos ligados al proceso penal (v. gr. asistencia jurídica, información de las actuaciones o interpretación), por lo que una vez finalizado el proceso penal seguir proporcionando apoyo a la víctima es una decisión discrecional de cada Estado miembro.

En último lugar, como se dijo, la Directiva 2011/36/UE enuncia que el apoyo a la víctima debe ser incondicional, esto es, prestarse independientemente de que ésta decida colaborar con las investigaciones o pretenda declarar en un juicio. Sin embargo, la referencia explícita a la Directiva 2004/81/CE plantea dificultades de interpretación,

---

cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas", en *Revista de Derecho Político,* N° 98, 2017, pp. 159-187, disponible en: http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/18654/15650 (última consulta 1/06/18), La autora cuestiona la aplicabilidad del Protocolo en la medida que se circunscribe a delitos de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (art. 4) y cuyo seguimiento se encomienda a la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC). De esta manera, reclama que su actuación se centra en el tráfico de personas o trata de seres humanos pero de carácter transfronterizo. Así, la trata interna, la 'minorista' y la que se realiza en domicilios a pequeña escala, no es apenas objeto de atención y la persecución del tráfico se antepone a la protección o recuperación de las víctimas.

[154] Artículo 11.

[155] Artículo 11, Directiva 2011/36/UE: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y en la presente Directiva".

[156] ORTEGA GÓMEZ, M., "La trata de seres humanos…", op. cit., pp. 181-195. En idéntico sentido, JORDANA SANTIAGO, M., "La lucha contra la trata en la UE…", op. cit., pp. 57-77.

puesto que ofrece la posibilidad de obtener la residencia a aquellas víctimas de trata que decidan cooperar con las autoridades judiciales[157].

De igual manera, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 establece normas mínimas sobre los derechos, apoyo y protección e indemnización de las víctimas de delitos y por la que sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Poco después, y debido a las exigencias mínimas que fija el legislador en la citada Directiva 2012/29/UE, aprueba en abril de 2015 el Estatuto de la Víctima mediante la Ley 4/2015[158]. Este instrumento fue dictado con la finalidad de ofrecer desde los poderes públicos "una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal"[159].

Este documento no se agota en las víctimas directas de la trata de seres humanos, sino que se extiende a las víctimas de cualquier delito y a las víctimas indirectas. Define al primer grupo como la persona física que ha sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, y establece que las disposiciones del Estatuto son aplicables "como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito"[160].

Les reconoce los siguientes derechos: "a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y

[157] JORDANA SANTIAGO, M., "La lucha contra la trata en la UE...", op. cit., pp. 57-77.

[158] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

[159] Primer párrafo del Preámbulo, Ley 4/2015.

[160] Artículo 2, Ley 4/2015

apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso"[161].

En lo que respecta a la base normativa argentina, no presenta diferencias significativas con las disposiciones citadas en virtud de que, al igual que España, toma como punto de partida las pautas que marca el Protocolo de Palermo. Los derechos que detentan las víctimas de trata de personas se hallan contemplados en el Título II de la Ley N° 26.364 denominado "Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas"[162]. Asimismo y aunque no de manera exclusiva para víctimas de trata de seres humanos sino para víctimas en general, se recogen derechos en la Ley de Derechos y

[161] Artículo 3, Ley 4/2015.

[162] El Título II de la ley N° 26.364, conf. modif. Ley N° 26.842 abarca los artículos 6 a 9 inclusive. El artículo 6 reza: "El Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes: a) Recibir información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez…; b) Recibir asistencia psicológica y médica gratuitas, con el fin de garantizar su reinserción social; c) Recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente y elementos de higiene personal; d) Recibir capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo; e) Recibir asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias; f) Recibir protección eficaz frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, quedando expeditos a tal efecto todos los remedios procesales disponibles a tal fin. En su caso, podrá solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764; g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165; h) Retornar a su lugar de origen cuando así lo solicitare. En los casos de víctima residente en el país que, como consecuencia del delito padecido, quisiera emigrar, se le garantizará la posibilidad de hacerlo; i) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; j) Ser informada del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; k) Ser oída en todas las etapas del proceso; l) A la protección de su identidad e intimidad; m) A la incorporación o reinserción en el sistema educativo; n) En caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo.

Artículo 7º: En ningún caso se alojará a las víctimas de la trata de personas en cárceles, establecimientos penitenciarios, policiales o destinados al alojamiento de personas detenidas, procesadas o condenadas.

Artículo 8º: Derecho a la privacidad y reserva de identidad. En ningún caso se dictarán normas que dispongan la inscripción de las víctimas de la trata de personas en un registro especial, o que les obligue a poseer un documento especial, o a cumplir algún requisito con fines de vigilancia o notificación. Se protegerá la privacidad e identidad de las víctimas de la trata de personas. Las actuaciones judiciales serán confidenciales. Los funcionarios intervinientes deberán preservar la reserva de la identidad de aquéllas.

Artículo 9º: Cuando la víctima del delito de trata o explotación de personas en el exterior del país tenga ciudadanía argentina, será obligación de los representantes diplomáticos del Estado nacional efectuar ante las autoridades locales las presentaciones necesarias para garantizar su seguridad y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante las autoridades del país extranjero. Asimismo, dichos representantes arbitrarán los medios necesarios para posibilitar, de ser requerida por la víctima, su repatriación".

Garantías de las personas Víctimas de Delitos[163]. Finalmente, todas estas prerrogativas son tomadas por el Código Procesal Penal de la Nación[164].

Del análisis de la legislación argentina se extraen algunos deberes ineludibles, irrenunciables y de cumplimiento obligatorio que recaen en cabeza del Estado en procura de obtener una reparación integral de los derechos vulnerados. Señala LUCIANI que estos deberes de garantía representan las obligaciones asumidas por el Estado al que "colocan en una perspectiva jurídica de garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción"[165].

Para su tratamiento y estudio, se los agrupa en las siguientes subcategorías:

3.1.1. Información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez

El Decreto Presidencial N° 111/2015[166] que reglamenta la Ley N° 26.842 establece que la persona damnificada tiene derecho a recibir información "detallada, clara y suficiente" sobre su condición de víctima.

También prevé que en el supuesto de que no hable o comprenda el idioma nacional y/o sufra una disminución, pérdida, total o parcial, de su capacidad visual y/o auditiva; los miembros del Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, cuerpos policiales, fuerzas de seguridad y organismos de rescate y asistencia a las víctimas; arbitren los medios necesarios para que intervenga un intérprete u otra/s persona/s con capacidad de entender su idioma o lenguaje. Además habilita a solicitar colaboración de traductores o intérpretes inscriptos en las listas de peritos del Poder Judicial, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y de las Embajadas del país de origen de las víctimas.

3.1.2. Deber de asistencia

A diferencia de la anterior regulación, la redacción actual (Ley N° 26.842) impone nuevos deberes al Estado Argentino que no se limitan a la mera asistencia psicológica y médica gratuita de la víctima, sino que se establecen otras obligaciones que propenden a su recuperación integral. Tal es así que el Decreto N° 111/2015 dispone que el primer contacto con las víctimas de trata sea llevado por profesionales especializados del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[167].

---

[163] Ley N° 27.372, B.O. 13/07/2017.

[164] Aprobado por ley N° 23.984, B.O. 09/09/1991.

[165] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., pp. 121-122.

[166] Decreto N° 111/2015, Buenos Aires, publicado en el B.O. el 28/01/2015.

[167] Decreto N° 111/2015, artículo 6: "Las víctimas serán acompañadas por un equipo especializado en trata de personas en todas las diligencias procesales de las que deban participar, hasta la finalización del proceso".

Ello se corresponde con lo previsto en el Protocolo de actuación para el tratamiento de las víctimas de Trata de Personas[168] elaborado por la Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de personas[169] con la colaboración de la Oficina de asistencia integral a la víctima del delito. Este documento resulta de marcado interés para la práctica judicial en la medida en que dispone algunos lineamientos respecto de la primera intervención mantenida con la víctima de trata y la recepción de su testimonio en sede judicial.

En primer lugar, recomienda el "deslinde de incumbencias", esto es, tener en claro que ningún funcionario involucrado en la persecución penal o en el juzgamiento debe desempeñar un rol asistencial. En este sentido, HAIRABEDIÁN insiste que "quien investiga no asiste y quien asiste no investiga, trascendencia que se justifica en que la víctima debe tener en claro que quien la asiste va a tener como perspectiva y único norte su interés"[170].

De igual modo, encomienda que el primer contacto con la víctima (por significar un momento angular en la historia de vida del sujeto y también de utilidad para el proceso judicial) sea adecuado y se minimice toda posibilidad de confusión respecto del carácter que detenta el profesional que la asiste.

El protocolo de actuación exhorta a los distintos sujetos intervinientes en el rescate, asistencia e investigación, que cumplan con otras actuaciones encaminadas a un auxilio real y efectivo, tales como tener la menor cantidad de interlocuciones posibles entre quienes desempeñan roles de asistencia en contacto directo con la víctima (por cuanto las múltiples intervenciones impiden establecer los lazos de confianza y reconocimiento); realizar una entrevista individual previa a la intervención de actores judiciales en un ámbito reservado; abandonar el centro de explotación y trasladar a la víctima hacia un ámbito seguro, entre otros.

Para desarrollar esta tarea a conciencia y obtener buenos resultados (siendo el primer propósito la reparación integral, la restitución de derechos y la reinserción en la comunidad de la persona vulnerada), es necesario contar con profesionales capacitados y especializados desde el primer momento, es decir, desde que se produce el rescate y la primera intervención.

El personal técnico y profesional especializado debe estar disponible, también, en los espacios que sirvan de alojamiento para las víctimas[171]. La ausencia de posibilidades tales como acceder a un hogar seguro donde se proteja su seguridad e intimidad, consti-

---

[168] El protocolo es aprobado mediante Resolución PGN 94/2009 de fecha 11/08/2009.

[169] UFASE, creada por Resolución PGN 100/2008 de 22/08/2008, sustituida por la Procuraduría de Trata de Personas y Secuestros Extorsivos (PROTEX), creada por Resolución PGN N° 805/2013 el 30/04/2013.

[170] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…*, op. cit., p. 73.

[171] Decreto N° 111/2015, artículo 6, inciso c): "Debe entenderse por alojamiento apropiado un espacio físico contenedor que proteja la seguridad e intimidad de las víctimas, no debiendo limitarse la libertad ambulatoria. El alojamiento debe contar con todos los componentes necesarios para satisfacer la cobertura de las necesidades que conlleva el albergue de las personas, en un ambiente adecuado con especial resguardo de las condiciones edilicias y de salubridad, garantizándose su disponibilidad para su uso en forma permanente y con personal técnico y profesional especializado".

tuye en muchas ocasiones uno de los motivos por los cuales las víctimas no se disponen a escapar del escenario en que se encuentran inmersas[172]. Misma razón sopesan cuando, aun fugándose, retornan a manos de sus captores porque no tienen dónde permanecer ni medios económicos para subsistir.

Por tanto, es imperativo que se ofrezcan opciones prácticas que resulten viables y eficaces, y quien tiene esta responsabilidad es el propio Estado. Por lo pronto, desde inicios del corriente año 2018, el Programa de Asistencia a Víctimas de Trata dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ha comenzado a ofrecer asistencia terapéutica[173]. El área de asistencia está conformada por psicólogas especialistas en trata de personas y violencia de género, lo que permite ofrecerles a las víctimas y familiares una asistencia integral, adecuada para cada caso en particular. La diferencia con la asistencia "inmediata" es palmaria: mientras la terapéutica persigue la restitución de derechos vulnerados, la inmediata se brinda en el momento del allanamiento en los lugares de explotación y posteriormente en el refugio del Programa, focalizándose estrictamente en el delito.

3.1.3. Formación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo

Junto al alojamiento seguro, es necesario que la asistencia sea robustecida con otras medidas de carácter integral: incorporar a la víctima al sistema educativo, brindarle capacitación profesional, ayudarla en la búsqueda de empleo.

A tal fin, se promueve la oferta de cursos de formación, talleres, capacitaciones encaminados a lograr una mayor autonomía e independencia del sujeto víctima. La reglamentación de la ley N° 26.842 establece que el acceso a programas de empleo o cursos de formación laboral debe ofrecerse a todas las víctimas mediante la articulación con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social[174].

A este respecto, es dable tener presente la recomendación que realiza el Manual para la lucha contra la trata[175] consistente en que las oportunidades ofrecidas por el Estado sean "verdaderas, realistas y valgan la pena". Esto es importante porque no debe perderse de vista que la víctima se apoya en ellas, a las cual ve como la única posibilidad aceptable para salir del círculo de revictimización en que se ve atrapada.

---

[172] *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Programa mundial contra la Trata de Personas, Oficina contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 165, disponible en: www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf (última consulta: 15/04/18).

[173] Conforme entrevista realizada a la Coordinadora del Programa de Rescate y Acompañamiento a víctimas de trata, publicado en www.vocesporlajusticia.gob.ar/actualidad/niunamenos-zaida-gatti/ (última consulta: 01/06/2018).

[174] Decreto N° 111/2015, artículo 6, inciso d).

[175] *Manual para la lucha…,* op. cit., pp. 168-169.

3.1.4. Asesoramiento legal integral y el patrocinio jurídico gratuito

Los Estados deben fomentar la participación de las víctimas de la trata en las actuaciones penales contra los traficantes[176]. Por ello, la Ley N° 26.842 a través de su reglamentación (Decreto N° 111/2015) ha previsto este derecho, el cual puede ser ejercido a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Incluso permite que sus profesionales soliciten a los Juzgados, Fiscalías o Tribunales Orales (Federales, Nacionales o locales) información sobre el estado de trámite de las causas y copias de las resoluciones adoptadas.

El Decreto reglamentario N° 111/2015 también consigna que las víctimas pueden contar con patrocinio jurídico gratuito durante las diligencias que deban practicar en sede judicial, desde el inicio del proceso penal y hasta su culminación, así como para promover la acción civil resarcitoria tendiente a lograr la reparación de los daños y perjuicios provocados por el delito[177].

El asesoramiento ofertado debe cumplir los recaudos de ser efectivo, gratuito y tener por objeto que la víctima se encuentre informada del estado de las actuaciones procesales, medidas adoptadas, y resoluciones que puedan requerir de su revisión.

3.1.5. Protección eficaz

La Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Trasnacional antes citada, ya había establecido que cada Estado Parte debía adoptar las medidas apropiadas "para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la […] Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas"[178]. En uno de los más recientes informes de Naciones Unidas, la Relatora Especial insiste con la recomendación de que los Estados adopten todas las medidas necesarias para asegurar la protección de las víctimas y los familiares y testigos[179].

Pese a no ser objeto de estudio de este trabajo la problemática en los Estados Unidos, resulta de interés repasar el documento elaborado por el Departamento de Estado denominado "3P" (en alusión a las tres conductas que marcan la agenda de todo Estado que se comprometa firmemente a luchar contra la trata de personas: preven-

[176] Ibídem, p. 148.

[177] Decreto N° 111/2015, artículo 6, inciso e).

[178] Artículo 24 "Protección de los testigos" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004. Aprobada en Argentina por Ley 25.632 de 30/08/2002. Ratificado por España BOE núm. 296, de 11/12/2003.

[179] *Informe de la Relatora Especial,* op. cit., p. 21.

ción, protección y persecución).[180] Entre otras cuestiones, propugna que se establezcan "salvaguardias para garantizar la seguridad de las víctimas así como la de sus familiares que podrían encontrarse en riesgo de recibir amenazas o sufrir represalias por parte de los tratantes" y valora que una protección adecuada "exige alianzas eficaces entre las fuerzas del orden y los proveedores de servicios, no solo inmediatamente después de la identificación, sino durante todo el proceso penal y los procedimientos civiles en los que la víctima pueda participar".

En línea con las guías internacionales, el legislador argentino habilita la posibilidad de que la víctima-testigo pueda solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados[181] destinado a la ejecución de medidas que preserven la seguridad de aquellos que se encuentren en una situación de peligro para su vida o integridad física. Si bien el ámbito de aplicación se limita a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal y Leyes 23.737 y 25.241, a requerimiento de la autoridad judicial se puede extender a otros casos no contemplados cuando se tratare de delitos vinculados con la delincuencia organizada[182].

Las medidas de protección que acuerda el artículo 5 de la ley de Protección de Testigos incluye: a) custodia personal o domiciliaria, b) alojamiento temporario en lugares reservados; c) cambio de domicilio; d) suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona beneficiaria se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios […]; e) asistencia para la gestión de trámites; f) asistencia para la reinserción laboral; g) suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar.

No obstante, la experiencia internacional demuestra que la incorporación a estos programas de protección de testigos y víctimas es poco frecuente por las implicancias que de ella derivan, principalmente ligadas a que la mayoría desea retornar con su grupo familiar, de manera que aislarse de estas redes que pueden brindarle contención no es una opción[183]. Resta aclarar que en casos en que fuesen menores de 18 años, se procura la reincorporación a su núcleo familiar en atención a los deberes asumidos con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño[184], que fija la prioridad en el interés superior del niño.

[180] Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, U.S. Department of State, *The 3Ps: prevention, protection, prosecution,* Washington DC, 2017, www.state.gov/documents/organization/272970.pdf (última consulta: 12/03/18).

[181] Ley 25.764, B.O. 13/08/2003.

[182] Artículo 1, Ley 25.764.

[183] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., pp. 137-138.

[184] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20/11/1989.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina sostiene que forma parte de esta garantía de protección la rápida actuación policial en caso de existir sospechas de que la integridad física de las víctimas que se encuentran dentro del lugar de explotación se halle comprometida. FIGUEROA[185] explica que "la Sala IV ha tenido la oportunidad de reafirmar que se debe tener en consideración la urgencia que impone el accionar de las fuerzas de seguridad o prevención el hecho de que las víctimas se encuentren dentro del lugar de explotación al momento de analizar la validez de la orden de allanamiento del inmueble. En el caso, los jueces refirieron que correspondía dejar sin efecto la resolución que había declarado la nulidad de la orden de allanamiento si no tuvo en cuenta que fue dictada en cumplimiento de las exigencias establecidas en la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal de la Nación, pues el juez expresó los completos argumentos y fundamentos en los que sustentó su los motivos suficientes y elementos objetivos para el dictado de la orden de registro domiciliario, conforme art. 224 CPPN, ya que la posible hipótesis del delito denunciado –trata de personas– denotaba determinada urgencia, pues la víctimas del delito podrían encontrarse en una situación de peligro derivada de la situación de vulnerabilidad y de explotación sexual".

3.1.6. Permanencia en el país o retorno al Estado de origen

El inciso g) y h) del artículo 6 del Decreto reglamentario N° 111/2015 regula ambas posibilidades. En relación a las personas extranjeras que decidan permanecer en el país, el Ministerio de Desarrollo Social puede dar intervención al Ministerio del Interior y Transporte a los efectos de tramitar la documentación necesaria para su permanencia, lo que es extensible a las personas argentinas que debieran regularizar su documentación personal.

Si son individuos extranjeros que deciden retornar a su país de origen, el Ministerio de Desarrollo Social tiene que facilitar "todo lo necesario" para este retorno voluntario, articulando con los organismos de asistencia del país de origen, a fin de que se continúe con la protección de los derechos de las víctimas. En caso de menores de edad, la norma indica que siempre deben ser acompañadas hasta su país por profesionales especializados. A este respecto, parece acertada la decisión de extender esta prerrogativa a aquellos nacionales captados en distintos puntos de Argentina que se encuentran a alejados de su residencia[186] y no limitarla en forma exclusiva a los extranjeros no nacionales.

---

[185] FIGUEROA, A., *El derecho de género…,* op. cit., pp. 227, acerca de la sentencia CFCP, Sala IV, causa FMZ 81623877/2013/CFC1, "R.C., M.F. y otros s/recurso casación", registro 1994.14.4, rta. 6/10/14.

[186] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 141.

3.1.7. Trato digno y respetuoso

En primer lugar, el trato digno implica exhibir ante la víctima un comportamiento de iguales tendiente a lograr la restitución de los derechos vulnerados y su reinserción en la comunidad. Es importante que desde el momento en que son rescatadas de sus explotadores, reciban un trato respetuoso, como primer e ineludible paso en el arduo trabajo que devendrá para la recuperación de su autoestima.

Por lo tanto, y fundamentalmente en sistemas penales mixtos como el español y argentino, de ninguna manera puede tolerarse que sobre ella descanse la carga de denunciar, declarar y de aportar elementos probatorios de cargo, de cara a una futura condena. No corresponde que se la instrumentalice, esto es, que se haga depender su asistencia y protección a la utilidad que reporte su colaboración a la investigación.

3.2. Aspectos procesales de la participación de la víctima en el procedimiento penal. Especial consideración de la declaración testimonial

En el ámbito español nos encontramos con los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), y el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Los dos primeros textos citados habilitan al juez que, "de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como […] testigo […] o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, pueda acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

A su turno, el artículo 229 de la LOPJ, en su apartado tercero establece que las actuaciones judiciales "podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

Parece sensato entender que las víctimas de esta delincuencia puedan sentirse atemorizadas ante la idea de comparecer a declarar en cualquier instancia del proceso, de manera que su comparecencia podría considerarse *particularmente gravosa o perjudicial*

en los términos que establecen las normas citadas, pudiendo autorizarse que declare fuera de la sala de vistas, siempre que su deposición se produzca en tiempo real y se le permita a la defensa interrogar al testigo[187].

Por su parte, la reforma operada por la ley N° 26.842 incorpora una norma procesal que regula en exclusiva las condiciones de producción del testimonio de la víctima de trata de seres humanos. Así, el artículo 250 quáter del Código Procesal Penal de la Nación argentina[188] establece: "[s]iempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes. Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una 'Sala Gesell', disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales […] Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima […]".

Estas precauciones que refleja la norma son razonables[189], en especial si se tiene en cuenta el grave daño psíquico que genera un delito de esta naturaleza en el sujeto pasivo. En primer lugar, no debe perderse de vista la situación en la que se encuentra inmersa la víctima, y el contexto que la ha llevado a ser instrumentalizada por el tratante. Estas vicisitudes normalmente provocan que quien lo ha padecido sufra un cuadro traumático que afecta su calidad de vida y su salud psíquica, lo que le impide procesar la experiencia vivida. Con ello se produce un efecto de disociación que puede ocasionar que presente ciertas dificultades para recordar lo ocurrido o relatarlo. Además, producto del proceso de despersonalización, el testigo puede mostrarse indiferente o apático, lo que lleva a la errónea apreciación de que miente. Son usuales las rupturas de valores centrales relacionados a la existencia humana y el sentimiento de vergüenza por los actos violentos sufridos[190].

Ha de tenerse presente, también, que en la mayoría de las ocasiones las víctimas no se asumen como tales y no son conscientes de su situación, manifestando de manera reiterada que nadie las obliga, que están en el centro explotación porque así es su deseo, se muestran reticentes a brindar información acerca de personas intervinientes, responsables, movimientos, actividades de funcionamiento, etcétera. Por ello se justifica tomar

[187] VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos…,* op. cit., pp. 526-527.
[188] Artículo 250 quáter del C.P.P.N., incorporado por art. 27 de la Ley N° 26.842.
[189] HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de personas…*, op. cit. p. 105.
[190] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 125.

todas las precauciones necesarias y estar alertas frente a las consecuencias que supone el despojo de su capacidad de decisión, sustitución de identidad, cosificación, situaciones que conducen a la generación de mecanismos de adaptación y supervivencia. Así es que se torna imperioso generar el proceso de recuperación, reflexión y fortalecimiento de su autonomía.

En definitiva, todas estas cuestiones son de suma utilidad a la hora del interrogatorio porque permiten mostrar una mayor empatía y evitar preguntas incisivas que presionen a la víctima. No se ignora el punto de tensión que se produce, ni que existe un conflicto de intereses marcado entre las necesidades de la investigación penal y las propias del bienestar emocional de la víctima. Así, habrá que balancear la preocupación por lograr el éxito de la investigación con la necesidad evitar la doble victimización con preguntas de su pasado reciente que puedan provocarle un padecimiento no deseado.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina con relación a la producción de la prueba testifical de la víctima de trata de seres humanos en el juicio oral, ha consignado[191]: "vinculado con dicho *status* especial, cabe tener en cuenta, la profunda conmoción que genera sobre las psiquis de las víctimas, el recuerdo del suceso que intentan olvidar, generalmente como mecanismo de defensa. La exposición a constantes declaraciones y sobre todo durante un juicio oral y público y ante los rostros de quienes han sido sus victimarios es ciertamente, como se ha sostenido en estos casos, una nueva victimización […]. En este orden de ideas, se ha señalado, el peligro cierto que implica 'actualizar nuevamente sus traumáticas experiencias, pudiéndose provocar la manifestación de antiguas sintomatologías y producir un efecto de 'retraumatización' como una nueva mortificación y padecimiento psicológico […], todo lo cual constituiría una verdadera 'revictimización', entendiéndose como tal a la renovación del sufrimiento que implica ser sujeto pasivo de un ilícito –agravado en este caso por su naturaleza sexual– y ser obligada a exponerlo narrativamente una y otra vez, además, su nueva presencia en un nuevo juicio oral la expone a circunstancias que podrían generar un peligro a su integridad personal, a su salud mental o afectar seriamente sus emociones, o ser pasible de intimidación o represalias [...]". Por tanto, el resultado que surja de esta ponderación de intereses (éxito de la investigación vs. revictimización) debe siempre arrojar como respuesta que prioriza la preservación de la integridad y coadyuvar a la restitución de su identidad como persona ante cualquier otro posible beneficio[192].

Finalmente, la reforma de la ley de trata respecto del testimonio de los testigos-víctimas prohíbe lisa y llanamente ser interrogados directamente por "las partes".

---

[191] Cámara Nacional de Casación Penal., Sala III, causa 91017032 "Sánchez Jorge Daniel y otros s/recurso de casación", rta.10/7/15, reg.1201/15.

[192] LUCIANI, D.E., *Trata de personas…*, op. cit., p. 126.

4. La reparación a la víctima

OCROSPOMA PELLA[193] explica que "en un sentido amplio, reparar el mal causado por el delito comprendería la pena y la responsabilidad civil; la primera adquiere el significado de una reparación simbólica entre la víctima y la sociedad, y la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito".

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo de Palermo, la Directiva 2011/36/UE y la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, todos ellos reconocen el derecho a una indemnización a cargo del tratante a causa de los perjuicios físicos o psíquicos sufridos por la persona afectada.

La importancia de la indemnización no sólo radica en su componente económico, sino también en su significado simbólico. Implica el reconocimiento oficial de que se ha hecho algo ilícito contra estas personas, lo que constituye un paso de suma trascendencia para la superación del trauma causado[194].

Se repasan algunos de los instrumentos internacionales más importantes que abordan esta materia:

En primer lugar, el Convenio 116 del Consejo de Europa[195] versa sobre el resarcimiento de las víctimas de infracciones violentas e invita a los Estados a adoptar la responsabilidad indemnizatoria subsidiaria cuando la víctima no pudiera percibirla de otra manera[196].

La Directiva 2004/80/CE también prevé un sistema de indemnización pública de la víctima de delito grave cometido en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que reside. La obligación recae en cabeza del Estado miembro donde se cometió el ilícito.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, por ejemplo, subraya el derecho de estos trabajadores a recibir indemnización (incluso en caso de expulsión) [197].

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de Naciones Unidas recomienda que se adopten medidas a nivel internacional, regional y nacional a favor de las víctimas del delito, a fin de mejorar su

---

[193] OCROSPOMA PELLA, E., *Derecho,* 2002, disponible en: www.derecho.com/articulos/2002/09/15/la-reparaci-n-penal/ (última consulta el 23/11/2017).

[194] *Manual para la lucha…*, op. cit., p. 169. En similar sentido, SERRA CRISTÓBAL y LLORIA GARCÍA, *La trata sexual…*, op. cit., pp. 138-141.

[195] Convenio Europeo sobre la Indemnización a las víctimas de delitos violentos, Estrasburgo, 24/11/1983, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2001.

[196] SERRA CRISTÓBAL y LLORIA GARCÍA, *La trata sexual…*, op. cit., pp. 138-141.

[197] Párrafos 6 y 9 del artículo 22 y párrafo 2 del artículo 68 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 18/12/1990.

acceso a la justicia y proporcionarles un trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia. Establece, asimismo, que la indemnización comprende la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos[198].

La Relatora Especial de Naciones Unidas en el documento emitido en 2017 sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, recomienda que las reparaciones para las víctimas sean "accesibles, asequibles, oportunas, plenas y efectivas, y, al mismo tiempo, ajustarse a los principios de idoneidad y proporcionalidad. Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, aconsejan que las reparaciones para las víctimas incluyan la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición"[199].

Es cierto que, tal como señala el Manual de lucha contra la trata de personas, la existencia de marcos legales que prevean el derecho a un resarcimiento económico no siempre es suficiente. El acceso a la indemnización está relacionado con otras cuestiones[200]:

1) Información: Las personas objeto de trata se ven a menudo privadas de acceso a la indemnización porque no conocen su derecho a percibirla ni las diligencias que deben seguirse a tal efecto.
2) Decomiso de activos: Los traficantes suelen ocultar su dinero y bienes (por ejemplo, abren cuentas en bancos extranjeros, lo que dificulta su rastreo). Esto, a todas luces, impide a las víctimas el éxito de sus demandas. Para allanar estos obstáculos, los Estados deberían decomisar los activos y fondos resultantes de la trata y aplicarlos para indemnizar a las víctimas. Asimismo, es importante que se intensifique su cooperación en materia de cumplimiento del derecho internacional para conseguir acceso a los activos de los traficantes trasladados al extranjero.

4.1. La reparación en el sistema español

En el ámbito español, el artículo 100 de la LECrim establece que "de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

[198] Artículos 8 y 13 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 29/11/1985.

[199] ONU, *Informe de la Relatora Especial,* op. cit., p. 7.

[200] *Manual para la lucha…,* op. cit., pp. 170-171.

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ha optado por "acotar aquellos delitos violentos con resultado de máxima gravedad" a los efectos de "avanzar de forma rigurosa aunque selectiva, cubriendo inicialmente los daños de carácter más grave pero afianzando la convicción social de que esta función debe ser paulatinamente ejercida por el Estado".

A su vez, en su legislación procesal, el codificador prevé la acumulación de la acción civil a la penal, a excepción que el interesado renuncie a ella o la reserve para ejercitarla con posterioridad al juicio penal[201].

En materia sustantiva, el Código Penal dispone que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados (artículo 109 C.P.), en tanto que la responsabilidad establecida comprende la restitución, reparación e indemnización de perjuicios materiales y morales (artículo 110 C.P.).

La definición de tales conceptos las aporta el mismo cuerpo normativo. Así, debe restituirse el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen, y procede aun en los casos en que el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, de ser indemnizado por el responsable civil del delito (a excepción que lo haya adquirido de manera irreivindicable, art. 111 C.P.).

La reparación puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establezca, conforme la naturaleza de aquél y las condiciones personales y patrimoniales del culpable (art. 112 C.P.).

Por último, establece que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprende los que se hubieren causado al agraviado, y también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros (art. 113 C.P.).

En cuanto a la forma de cumplimiento, regula en el artículo 125 la circunstancia de que los bienes del responsable civil no resulten suficientes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias. En este caso, el Juez o Tribunal se encuentra habilitado para acordar el pago fraccionado.

En el artículo 126 establece que los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputan por el orden siguiente: (1) A la reparación del

[201] Artículo 110 LECrim: "Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa […] y ejercitar las acciones civiles que procedan […]. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante".

Artículo 111: "Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los arts. 4º, 5º y 6º de este Código".

Artículo 112: "Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal […]".

daño causado e indemnización de los perjuicios. (2) A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa. (3) A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago. (4) A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados. (5) A la multa. En el apartado segundo se refiere a los delitos perseguibles a instancia de parte, en cuyo caso se deben satisfacer las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado, y establece que esta preferencia se aplica al pago de las costas procesales causadas a la víctima en los supuestos a que se refiere el artículo 14 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito.

4.2. La reparación en el sistema argentino

La cuestión en el marco normativo argentino se encuentra regulada bajo el Título IV denominado "Reparación de perjuicios" y abarca los artículos 29 a 33, inclusive.

El primero de ellos habilita que la sentencia condenatoria ordene: "1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero […]. 3. El pago de las costas" (artículo 29).

Luego, el artículo 30 determina que la obligación de indemnizar es preferente a todas las demás que contrajere el responsable después de cometido el delito. Es decir que si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, deben satisfacerse en el orden siguiente: (1) La indemnización de los daños y perjuicios. (2) El resarcimiento de los gastos del juicio. (3) El decomiso del producto o el provecho del delito. (4) El pago de la multa.

De igual manera, el Decreto presidencial N° 111/2015 reconoce el derecho que les asiste a las víctimas del delito de trata de personas a tener patrocinio jurídico gratuito durante todo el proceso, inclusive para promover la acción civil resarcitoria tendiente a lograr la reparación de los daños y perjuicios provocados por el delito[202].

En uno de los últimos pronunciamientos en este sentido, el Tribunal Oral Federal de Tierra del Fuego condenó penalmente a los sujetos intervinientes por la comisión del delito de trata de personas y responsabilizó tanto a la pareja que explotaba el local en cuestión como a la Municipalidad de Ushuaia en carácter solidario de los daños civiles causados, disponiendo que el dinero debía entregarse a un ente estatal. Recurrida la sentencia, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que "el Estado municipal reforzaba la vulnerabilidad de las mujeres explotadas sexualmente y participaba en el beneficio económico de tal explotación, transformándose en un verdadero 'Estado rufián

[202] Decreto N° 111/2015, artículo 6, inciso e).

o proxeneta' que a su vez habilitaba un circuito de servicios vinculados con la revisión médica y análisis clínicos que debían realizarse las 'alternadoras' periódicamente a fin de obtener y renovar la libreta sanitaria […] todo lo cual se encuentra evidentemente en pugna con normas nacionales e internacionales dirigidas a combatir y prevenir la trata de personas". En otro de sus parajes, consideró: "[E]l tribunal *a quo* aplicó erróneamente el artículo 23 CP y favoreció el patrimonio de entidades estatales —entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación— por sobre la indemnización correspondiente a las víctimas y el destino asignado legalmente a los bienes sujetos a decomiso. De tal suerte, omitió atenerse a un deber que es primario y básico en la actuación judicial: reparar a la víctima antes que beneficiar al propio Estado"[203].

5. Conclusiones

A partir del análisis efectuado sobre el fenómeno de la trata de personas en la Argentina y en España, a pesar de las evidentes diferencias geopolíticas y socioeconómicas que existen entre ambos Estados, las conclusiones a las que se puede arribar se resumen en las siguientes:

Respecto del marco normativo, ambos Estados soberanos regulan en sus cuerpos sustantivos el delito y contemplan las diversas formas de explotación. Aun en el caso que alguna modalidad no se encuentre expresamente prevista, el vacío legal puede llenarse con el tratamiento que hacen los numerosos instrumentos internacionales que las abordan en detalle.

La tradición histórica ha llevado erróneamente a reducir la trata de seres humanos a conductas vinculadas a la explotación sexual. Si bien los marcos normativos estudiados han receptado otros comportamientos explotativos distintos del sexual, es imperioso que esta mirada llegue a los distintos actores intervinientes en la investigación, persecución, juzgamiento y castigo de los responsables. Llevar las pesquisas hasta las zonas en que se realizan trabajos agrícolas para detectar situaciones de trabajo forzado, analizar casos de uniones de hecho no consentidas, o examinar supuestos de comercio de pornografía, por ejemplo, permitirá obtener un campo de visión más amplio que repercutirá favorablemente en las acciones y resultados destinados a combatir este flagelo.

Cualquiera de las modalidades de explotación de trata de personas presenta como denominador común la marginalidad social, económica y cultural, que determina que una persona, con preferencia a otra, sea seleccionada por el explotador. El tratante elige a la víctima atendiendo a su grado de vulnerabilidad estructural en el que se encuentra inmersa, y se aprovecha de esa situación que la coloca en una condición de inferioridad, y le impide negociar o rechazar el sometimiento.

[203] Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa Nº FGR 52019312/2012/TO1/18/CFC2, 12/04/2018.

Esta delincuencia reporta beneficios económicos exorbitantes que ninguna otra actividad ilícita alcanza. Ello es así porque se obtiene la mercancía o la mano de obra a un valor mínimo comparado con la infinidad de veces que puede utilizarla y lucrar con ella. Por ello, y atento a que los esfuerzos internacionales en la lucha contra la trata de personas son insuficientes, los Estados deben comprometerse activamente en una actuación conjunta, en la formación de recursos humanos para detectar víctimas de trata, y promover la implementación de mecanismos que posibiliten de manera eficaz, su rescate y la restitución de derechos vulnerados.

Por último, desde el enfoque victimocéntrico se reflexiona sobre la necesidad de que los Estados proporcionen una respuesta que garantice la oportuna y efectiva protección de la víctima para que alcance su plena recuperación, independientemente del resultado de la investigación penal. Para ello, se ha de asegurar el ejercicio de ciertos derechos ligados a la información, trato digno, patrocinio letrado, asistencia sanitaria, psicológica, protección de su integridad, desarrollo de habilidades básicas, formación profesional e inserción laboral. No se desconoce que esto implica un incremento de los recursos públicos destinados al abordaje de esta problemática, así como el diseño e implementación de políticas públicas orientadas a la recuperación y reintegración de las personas víctimas de trata, mediante itinerarios individualizados de restablecimiento de derechos, pero, tratándose de una cuestión de derechos humanos, no caben dudas que ello debe constituir una prioridad para la política criminal de cada uno de los Estados.

6. Bibliografía

ABOSO, G. E., *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual.* Buenos Aires: B de F, 2013.

ALLI TURRILLAS, I., *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea,* Madrid: Dykinson, 2016.

ANDREU IBAÑEZ, R. y CARMONA, M. A., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: una forma de violencia de género", en *Dilemata*, año 9, nº 24, 2017, pp. 247-266, disponible en: www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/viewFile/412000110/500

BALES, K., *Disposable people: New Slavery in the Global Economy. Revised Edition.* Berkeley, California: University of California Press, 1999.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: "Criminalidad organizada y 'trata de seres humanos' con fines de explotación sexual en España", en *La criminalidad organizada*. Vañencia: Tirant Lo Blanch, 2014, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320715880_ignacio_francisco_benitez_ortuzar_criminalidad_organizada_y_trata_de_seres_humanos_con_fines_de_explotacion_sexual_la_criminalidad_organizada_pp_13_-_53_2013

COLOMBO, M., *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

FIGUEROA, A. M., *El derecho de género. Violencia contra las mujeres y trata de personas,* Buenos Aires: Ediar, 2017.

GÓMEZ LÓPEZ, M.I. y MUÑOZ SÁNCHEZ, E. "Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español". En *Cuadernos de Política Criminal* N° 123, III. Época II, 2017.

HAIRABEDIÁN, M., *Tráfico de Personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional. 2° edición actualizada y ampliada.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

JORDANA SANTIAGO, M., "La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* N° 111, 2015, pp. 57-77, disponible en: https://www.cidob.org/.../57-78_MIRENTXU%20JORDANA%20SANTIAGO.pdf

LUCIANI, D. S., *Trata de personas y otros delitos relacionados,* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

MAQUEDA ABREU, M.L., "El tráfico de personas con fines de explotación sexual", en *Jueces para la democracia,* N° 38, 2000, pp. 23-29, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174827

MOYA GUILLEM, C., "Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos", en *Diario La Ley, 8895, Sección Doctrina,* Wolters Kluwer, 05 de enero de 2017, disponible en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTAyBUK0stKs7Mz7M1MjA0MzQyMgcJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAN7MX2jUAAAA=WKE#nDT0000240404_NOTA5

NUÑO GÓMEZ, L., "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas", en *Revista de Derecho Político,* N° 98, 2017, pp. 159-187, disponible en: http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/18654/15650

OCROSPOMA PELLA, E., *Derecho,* 2002, disponible en: www.derecho.com/articulos/2002/09/15/la-reparaci-n-penal/

ORTEGA GÓMEZ, M., "La trata de seres humanos en el derecho de la UE", en Donaire Villa, F. J., Olesti Rayo, Andreu, *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia,* Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 181-195.

SERRA CRISTÓBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima,* Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, 2007.

TYURYUKANOVA, E. "Forced labour in the russian federation today: irregular migration and trafficking in human beings", International Labour Office, Ginebra, 2005, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081997.pdf

VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional,* Madrid: Marcial Pons, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional,* Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación", en *AFDUDC*, 14, 2010, pp. 819-865, disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8302/AD_14_2010_art_41.pdf;jsessionid=A8C70C381F648AAADEB40F9D1E5FA67D?sequence=1

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?" En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* N° 13-14, 2011, disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf

ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General. Sexta edición*, Buenos Aires: Ediar, 1991.

A) Jurisprudencia

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa nro. 400654/2008, "Taviansky, Ana Alicia y Olivera, Verónica s/ recurso de casación", rta. el 29/12/2015, reg. Nro. 2551/15.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa Nº FGR 52019312/2012/TO1/18/CFC2, 12/04/2018.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nro.12479, "Palacio H R s/recurso de casación", registro nro. 2149/12, rta.13/11/12.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 91017032 "Sánchez Jorge Daniel y otros s/recurso de casación", rta.10/7/15, reg.1201/15.

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, causa n° 42.719, caratulada "Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento", 19/08/2009.

International Court of Justice, Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. Belgium v. Spain, de 05/02/1971.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 1563/2013, de 28 de junio de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 188/2016, de 4 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016, de 17 de junio de 2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Van der Mussele* c. Bélgica, de 23/11/1983.
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Siliadin* c. Francia de 26/07/2005.
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Rantsev* c. Chipre y Rusia, 7/1/2010.
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *C.N y V.* c. Francia, 11/10/2012.
Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, autos N° 2271, del 8 de febrero de 2010.
Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza, autos N° 2832-A caratulados "AGPA y otros p/ Av. Inf. Ley 26.364 y 17.671.", Sentencia N° 1199, rta. 17/05/2011.

B) Normativa internacional

Acuerdo Internacional para la represión de la trata de blancas (1904).
Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas (1910).
Convenio Internacional para la represión de la trata de Mujeres y Niños (1921).
Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad (1933).
Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949/1950).
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 44/25, de 20/11/1989.
Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, suscrita en Palermo, Italia, en diciembre del año 2000.
Convención sobre la Esclavitud (1926).
Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 29 sobre Trabajo Forzoso (1930).
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956).
Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica (1969).
Convenio N° 105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso (1957).
Convenio Europeo sobre la Indemnización a las víctimas de delitos violentos, Estrasburgo, 24/11/1983.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 18/12/1990.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).
Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Asamblea General Naciones Unidas, A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.
Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Convenio N° 197), Varsovia, 16 de mayo de 2005.
Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 29/11/1985.
Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.
Directiva 2008/115/CE Relativo a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, publicado en el DOUE, núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.
Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17/07/1998.

C) Normativa interna

Código Penal de la Nación Argentina.
Decreto N° 111/2015, B.O. 28/01/2015.
Ley N° 12.331, B.O. 11/1/1937.
Ley N° 23.984, B.O. 09/09/1991.
Ley N° 25.632, B.O. 30/08/2002.
Ley N° 26.364, B.O. 30/04/2008.
Ley N° 26.842, B.O. 27/12/2012.
Ley N° 27.372, B.O. 13/07/2017.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Ref. BOE-A-1995-25444
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Ref. BOE-A-2010-9953.
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Ref. BOE-A-2015-3439.
Ordenanza N° 3837/12.
Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 260, de 17/09/1882.

Resolución PGN N° 100/2008, de 22/08/2008.
Resolución PGN N° 94/2009, de 11/08/2009.
Resolución PGN N° 99/2009, de 24/08/2009.
Resolución PGN N° 39/2010, de 22/04/2010.
Resolución PGN N° 805/2013, de 30/04/2013.

D) Webgrafía

Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), diciembre de 2006.

Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la trata de personas, Nota Interpretativa de Naciones Unidas, *travaux preparatoires,* 2002, disponible en: www.oas.org/atip/reports/annot_prot_spanish.pdf

Informe del Defensor del Pueblo. *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf

Informe de la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, *Global Estimates of Modern Slavery*, Ginebra, 2017. Disponible en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, A/HRC/36/43, 2017, disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=160

Informe explicativo del Consejo de Europa, *Explanatory Report – CETS 197 – Action against Trafficking in Human Beings,* 197, Varsovia, 2005, disponible en: https://rm.coe.int/16800d3812

Informe sobre el fallo "Rojas" de la Sala I de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, disponible en pdf: www.institutouejn.nqnwebs.com/cd_genero/docs/Informe_Fallo_Rojas.pdf

Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa mundial contra la Trata de Personas, Oficina contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 165, disponible en: www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, www.jus.gob.ar/noalatrata.aspx

Ministerio Público de Defensa de la Nación Argentina, www.mpd.gov.ar

Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, U.S. Department of State, *The 3Ps: prevention, protection, prosecution,* Washington DC, 2017, www.state.gov/documents/organization/272970.pdf

Organización Internacional del Trabajo, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102536

Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, disponible en: www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

Programa de Rescate y Acompañamiento a víctimas de trata www.vocesporlajusticia.gob.ar/actualidad/niunamenos-zaida-gatti/

Senado Argentino, www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/info/469#ReunionesSolapa

8° Sesión ordinaria, 10° reunión, de la Cámara de Senadores de la Nación, 31/8/2011, p. 41, disponible en: www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/tac

TIGANUS, A., "La revuelta de las putas", Jornadas Internacionales de Prostitución y Trata, Pamplona, 26 y 27 de octubre de 2017, disponible en http://feminicidio.net/articulo/la-revuelta-las-putas

UNODC, *Informe Mundial sobre la trata de personas.* 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and.../GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

UNODC, *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Nueva York, 2012. Disponible en: www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf

UNODC, 2017. Disponible en: https://www.unodc.org/toc/es/crimes/human-trafficking.html

Capítulo III

Responsabilidad del Estado peruano en la adopción de medidas de protección efectivas para las víctimas de violencia de género

Mery Alonzo Velapatiño
Master en Justicia Criminal. Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

El presente trabajo de fin de máster aborda la problemática de la violencia de género en Perú y el papel que ha asumido el Estado peruano para hacer frente a esta forma de violencia. Para ello, el análisis se centra en tres puntos: los principales mecanismos normativos destinados a prevenir y erradicar la violencia de género, emitidos en los últimos años en Perú; los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado peruano, en materia de protección a la mujer; y, los índices de violencia reportados por diversas instituciones. Finalmente, a partir de la experiencia española en la materia, se extraen algunos instrumentos que podrían implementarse en Perú, para lograr una protección integral de la mujer, que le permita gozar de sus derechos y libertades fundamentales.

Palabras clave: Violencia de género, feminicidio, medidas de protección, debida diligencia del Estado.

1. A manera de introducción

En el mes de mayo de 2016, en el departamento de Ayacucho – Perú, Maribel Tenorio Ochoa, de 25 años de edad, fue asesinada por su expareja y padre de su menor hijo, debido a su negativa de volver a vivir con él[1]. En el mes de mayo de 2017, en el departamento de San Martín – Perú, Marysella Pizarro Tuanama, de 41 años de edad,

[1] Jornada – diario judicial, "Sentencia a 10 años de cárcel a sujeto que asesinó a su ex conviviente", disponible en: http://www.jornada.com.pe/local/10414-sentencian-a-10-anos-de-carcel-a-sujeto-que-asesino-a-su-ex-conviviente.

también fue asesinada por su expareja sentimental[2]. ¿Qué existe de común en estos dos casos de feminicidio? Ambos sujetos tenían denuncias por agresiones físicas y psicológicas, interpuestas por las víctimas. Es más, al momento de la desaparición de Maribel, su propia hermana acudió a la Comisaría para denunciar que la expareja se la había llevado a la fuerza; sin embargo, nadie atendió su reclamo por considerar que se trataba de un conflicto de pareja que estaba siendo resuelto por la propia pareja.

Según el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público del Perú, entre enero de 2009 y diciembre de 2017, se reportaron mil cincuenta y tres (1.053) casos de mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas. Frente a ello cabe preguntarnos ¿cuál es el papel del Estado peruano para prevenir y reprimir los casos de violencia de género? ¿Se han adoptado medidas eficaces para hacer frente a la violencia que sufren las mujeres en el país?

En base a estas interrogantes, a lo largo del presente trabajo, se analizarán los instrumentos normativos adoptados por Perú, a nivel nacional e internacional, para hacer frente a este tipo de violencia que –según señala la Organización Mundial de la Salud– afecta la salud púbica y a la población en general. Sin lugar a dudas, la violencia contra la mujer ha dejado de ser percibido como un fenómeno que atañe a la esfera individual o privada de la pareja, para convertirse en un asunto que demanda de la intervención del Estado para su prevención y erradicación[3].

Como se detallará más adelante, si bien las estadísticas brindadas por las instituciones públicas indican que las formas de violencia de género más comunes han disminuido en Perú, los casos de feminicidio o asesinato de mujeres por su condición de tales –o tentativas de este delito– han experimentado un significativo aumento en los últimos años. Este escenario sería reflejo del incumplimiento de las obligaciones del Estado peruano, las cuales fueron asumidas por la suscripción y ratificación de diversos Tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará.

No obstante, debemos adelantar que el incremento de los casos de feminicidio o tentativa de feminicidio no son acordes a los sistemas, mecanismos y políticas imple-

[2] La República, "Tarapoto: mató a su expareja tras hacer un tanque de gas en la peluquería en la que trabajaba", 29 de mayo de 2017, disponible en: http://larepublica.pe/reportero-ciudadano/880740-mato-su-expareja-arrojandole-gasolina-e-incendiandola

[3] La violencia de género, de ser un asunto privado ha pasado a ser considerado un problema social, debido a la intervención de ciertos grupos de influencia, como los movimientos feministas, movimientos de mujeres y organismos internacionales de Derechos Humanos, que denunciaron la injusticia que suponía este fenómeno, al ser la expresión de una estructura de poder patriarcal, que afecta la vida y legítimas expectativas de la población de mujeres, por el simple hecho de su género. BOSH FIOL, E., y FERRER PÉREZ, V., "La violencia de género: de cuestión privada a problema social", en *Intervención Psicosocial,* 9, n° 1, 2000, pp. 7-19, disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=179818244002. En el mismo sentido también puede consultarse IBARRA MELO, M. y GARCÍA OTERO, M., "La violencia contra las mujeres: un asunto público", en *La manzana de la discordia,* n.° 2, 2012, pp. 23-34, disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/48519/1/laviolenciacontralasmujeres.pdf

mentados a partir de 2015, con la emisión de la Ley No. 30364; por lo que, más que una deficiencia normativa, el problema estaría en la manera en que los operadores públicos aplican los dispositivos de protección a favor de las víctimas de violencia.

Después de abordar la problemática peruana en el tratamiento de la violencia de género, en la última parte del trabajo se describirá –de manera muy breve– la situación de violencia de género en España y se abordarán algunos mecanismos que se podrían implementar en Perú, con el propósito de brindar una adecuada e integral protección a la mujer que le permita desenvolverse en la sociedad sin ningún tipo de amenazas ni limitaciones.

2. Marco conceptual

2.1. Definición de violencia contra la mujer

El preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belem do Pará, señala que "la violencia contra la mujer es una ofensa contra la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres". Esta situación limita a las mujeres, total o parcialmente, del reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Asimismo, el artículo 1° de la misma Convención define la violencia contra la mujer, como "cualquier acción o conducta, basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

La violencia de género surge de la "consideración de inferioridad y desigualdad que tiene el agresor sobre la mujer víctima y su creencia de que puede usar la fuerza contra ella para mantener el dominio y la desigualdad"[4]. En otras palabras, se emplea el término "género" por cuanto este tipo de violencia tiene sus orígenes en un profundo menosprecio hacia las mujeres por ser tales, desvalorizando todo lo que tenga que ver con el género femenino.

En este sentido, la violencia de género no se circunscribe al ámbito doméstico, familiar o de pareja, en tanto estas son categorías generales, cuyas víctimas no necesariamente son mujeres y cuyos factores no están ligados a cuestiones de desigualdad y menosprecio entre víctima y victimario[5].

[4] ARIAS, F., "Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica", en SOLETO MUÑOZ, H., (Ed.) *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 103-130.

[5] ARIAS, F., "Aproximación a la violencia…", op. cit.

La violencia de género es el reflejo de que nuestra sociedad sigue siendo patriarcal y misógina[6]. En nuestra cultura se han interiorizado una serie de normas que caracterizan un modelo de masculinidad hegemónica en el que ciertas cualidades, características o comportamientos se vinculan, únicamente, al género masculino. Por ejemplo, la fuerza, la autosuficiencia y el control del entrono –como en los casos del jefe de familia–, son características que se suelen identificar con los varones[7]. Como contrapartida, los valores propios del género femenino se suelen relacionar con la debilidad, la controlabilidad y la necesidad de protección[8].

En este esquema de roles, la violencia de género constituye el recurso empleado por los varones cuando la superioridad que creen poseer queda cuestionada por algún hecho. En ese sentido, esta forma de violencia se encuentra relacionada con la agresión como afirmación de superioridad[9].

Se encuentran tan arraigados los estereotipos de género en nuestra sociedad –entendido como el "proceso de construcción psíquica que engloba diversos atributos, que tienen un carácter funcional y evaluativo, con posibilidad de cambio"[10]– que la violencia contra las mujeres muchas veces trata de ser legitimada y hasta es institucionalizada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una serie de países donde las denuncias policiales por agresiones sexuales dentro del matrimonio no son atendidas por considerarse un asunto familiar, relativo a los deberes y derechos dentro del matrimonio; o en el caso peruano, cuyos delitos sexuales, en la tipificación realizada en los códigos penales anteriores al del 1991, tenían por objeto proteger las buenas costumbres y el honor sexual, de manera que se indagaba si la mujer era sexualmente liberal o ejercía la prostitución para no otorgarle tutela jurisdiccional[11].

La violencia contra la mujer es un "problema político, sociocultural, legal y de derechos humanos, pero también es un tema relacionado a la salud"[12]. En efecto, la Or-

[6] CAGIGAS ARRIAZU, A., "El patriarcado como origen de la violencia doméstica", en *Monte Buciero*, n° 5, 2000, pp. 307-315, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=206323. En el mismo sentido, BOSH FIOL y FERRER PÉREZ, "La violencia de género…", op. cit.

[7] ODED GRAIZER, "Reflexiones psiquiátricas sobre la violencia de género. ¿Existe un por qué?", en GARCÍA GONZÁLES, N. (Ed.), *Violencia de género: investigaciones y aportaciones pluridisciplinares*, Madrid: Fragua, 2008, pp. 124-133.

[8] DELGADO-ÁLVAREZ, M; SÁNCHEZ GÓMEZ, M. y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, P., "Atributos y estereotipos de género asociados al ciclo de violencia contra la mujer", en *Universitas Psychologica*, n° 3, 2012, pp. 769-778.

[9] GRAIZER, "Reflexiones psiquiátricas sobre…" op. cit.

[10] DELGADO-ÁLVAREZ, M; SÁNCHEZ GÓMEZ, M. y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, P., "Atributos y estereotipos de género…", op. cit.

[11] UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J., "Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género", en *Ius et veritas,* n° 18, 1999, pp. 194-198, disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15833/16265

[12] RAMOS LIRA, L., "La eliminación de la violencia contra la mujer. ¿Una utopía?", en *Salud mental,* n° 1, 2007, pp. 82-86.

ganización Mundial de la Salud ha señalado que la violencia de género, especialmente la violencia sexual y la violencia de pareja, ocasiona graves problemas en la salud, tanto mental, física, sexual y reproductiva, a corto y largo plazo[13].

La repetición del patrón de comportamiento en el que la víctima permanece en la relación con el agresor, por tener episodios de tranquilidad y reconciliación, posteriores a un periodo de violencia –situación denominada ciclo de violencia–, genera diversos problemas en la salud física y psíquica de la mujer, los cuales se ven traducidos en un dolor crónico, trastornos gastrointestinales, síndrome de intestino irritable, depresión, ansiedad, estrés postraumático, trastornos de pánico, entre otros[14].

Además de producir una serie de problemas de salud, los estudios demuestran que la violencia de género ocasiona un elevado costo social y económico para la víctima, su familia y la sociedad en su conjunto, pues, las mujeres podrían ser aisladas, quedar incapacitadas para trabajar, podrían perder sus trabajos o dejar de participar en actividades cotidianas, incluso podrían quedar incapacitadas para cuidar de sí mismas o de sus hijos[15].

En suma, la violencia de género es todo tipo de agresión contra la mujer por su condición de tal, que encuentra sus raíces en un sistema desigual de poderes instaurado a través de los siglos en el que se reserva una posición de superioridad y autoridad para el varón y una posición de sumisión y obediencia para la mujer. Este fenómeno no sólo afecta a las víctimas –su salud, su integridad, sus derechos, su desarrollo personal y social– sino también a todo el conglomerado social, pues, entre otras razones, una mujer que ha sufrido violencia de género tendrán una menor o nula producción económica, no podrá asumir sus obligaciones familiares, los niños crecerán en entornos violentos, el Estado asumirá el costo del tratamiento de la víctima y la represión del agresor.

2.2. Evolución histórica de los mecanismos de protección de género

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Constituyente francesa en agosto de 1789, se reconocía el derecho a la igualdad "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole". Sin embargo, ello no supuso un auténtico avance en la igualdad entre varones y mujeres. Tal es así que en 1790, Marie Jean Antoine Nicolás de Caritat –conocido como Marqués de Condorcet– en su obra "Sobre la admisión de las mujeres en la ciudadanía" denunció que la negativa de otorgar a las mujeres el estatus de ciudadanas, de pleno derecho, denotaba desigualdad[16].

[13] Organización Mundial de la Salud, "Violencia contra la mujer", 29 de noviembre de 2017, disponible en: http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/

[14] DELGADO-ÁLVAREZ, SÁNCHEZ GÓMEZ y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, "Atributos y estereotipos de género…", op. cit.

[15] Organización Mundial de la Salud, "Violencia contra la…" op. cit.

[16] RUIZ CARBONELL, R., "La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México",

Esta falta de inclusión y reconocimiento de los derechos de las mujeres, generó que en 1791 Olympe de Gouges escribiera la "Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana". A través de este instrumento –no oficial– se denunció la falsa universalidad del término "hombre" de la Declaración de 1789, que en realidad se homologaba a varón, asimismo, se denunció que la subordinación que vivían las mujeres era una degeneración de los derechos naturales e imprescriptibles que ellas poseían, pues, una Nación se conformada por la reunión de varones y mujeres[17]. Tanta represión existía contra las mujeres que por esta Declaración, Olympe de Gouges fue encarcelada y guillotinada por el gobierno de Robespierre[18].

Un año después de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, la escritora inglesa Mary Wollstonecraft publicó "Vindicación de los derechos de la mujer", ensayo a través del cual realiza una crítica al paradigma de mujer de Rousseau aduciendo que la "Sofía" de Rousseau radica en su imaginación y carece de una realidad histórica pues es un estereotipo de feminidad que no se parece a las mujeres. Si la especie humana es una sola que proviene de Dios, no existe razón para que se diferencien los derechos sociales de hombres y mujeres cuando ambos tenemos los mismos derechos naturales[19]. La argumentación de Wollstonecraft, básicamente se centró en "la defensa de la unidad de la especie y, como consecuencia, de la igualdad entre géneros, la lucha radical contra los perjuicios, la exigencia de una educación no discriminatoria con las niñas, la reclamación de la ciudadanía para la mujer"[20]. En otras palabras, esta autora denunciaba que la desigualdad entre hombres y mujeres no provenía de la naturaleza, sino de patrones culturalmente impuestos.

Es innegable el aporte de estas escritoras y sus ideas inspiradas en la Revolución Francesa y las máximas de la ilustración, en el cuestionamiento de las relaciones entre varones y mujeres. No obstante, no fue sino hasta varios siglos después donde las mujeres recién fueron consideradas como ciudadanas dotadas de derechos y libertades.

En efecto, no fue sino hasta el término de la II Segunda Guerra Mundial, con la emisión de la Carta de las Naciones Unidas –firmada el 26 de junio de 1945, en San Francisco– que se empezó a proclamar la igualdad de derechos entre varones y mujeres. Así, de manera formal, se estableció que con el propósito de lograr la estabilidad y el bienestar para las relaciones pacíficas de las naciones, la Organización se encargaría de promover "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales

---

en *Derechos Humanos: temas y problemas*, MAQUEA ABREU, C. y MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, V. (coord.), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 69 -136, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2758/5.pdf

[17] PULEO, A., *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, 1ª ed., Barcelona: Anthropos, 1993.

[18] RUIZ CARBONELL, "La evolución histórica…", op. cit.

[19] COBO, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, 1ª ed., Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1995.

[20] Ídem.

de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades" (Art. 55 de la Carta). De esta manera, la Carta se convirtió en un instrumento innovador que instó a los Gobiernos a promover las condiciones de igualdad entre los seres humanos, sin distinción alguna[21].

En ese entendido, el 21 de junio de 1946, con la emisión de la Resolución 11 (II), el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer como órgano encargado de la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer[22]. Entre los años 1947 y 1962, esta Comisión se encargó de formular normas y convenciones internacionales que tuviesen por objeto cambiar leyes discriminatorias y sensibilizar la protección de las mujeres[23].

Los principales aportes de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, fueron: cambiar el término "hombres" por el de "humanidad" en la Declaración Universal de Derechos Humanos, antes de su adopción; elaborar la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer de 1953, primer instrumento internacional sobre esta materia; redactar la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957; redactar la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962; contribuir con la Organización Internacional del Trabajo, para emitir el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor de 1951; entre otros[24].

Especial mención merece la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitida el 7 de noviembre de 1967, a través de la Resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta Declaración, encargada para su redacción a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, tuvo por objeto consolidar los estándares de los derechos de las mujeres que se habían desarrollado desde 1945. Si bien fue importante para consolidar los fundamentos jurídicos de la igualdad, no tuvo un significativo alcance debido a que la presentación de los informes sobre la implementación de la Declaración por parte de los Estados era voluntaria[25].

Asimismo, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, hasta el día de hoy, realizó cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer:

i. Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en México el año 1975, en la que se abordaron como temas centrales: la igualdad de género y la elimina-

[21] RUIZ CARBONELL, "La evolución histórica…", op. cit.

[22] ONU Mujeres, "Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer", disponible en: http://www.unwomen.org/es/csw

[23] ONU Mujeres, "Un poco de historia", disponible en: http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history

[24] Ídem.

[25] ONU Mujeres, "Short History of the Commission on the Status of Women", disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/CSW60YRS/CSWbriefhistory.pdf

ción de la discriminación por esta razón; la integración y plena participación de la mujer en el desarrollo; y, la contribución de la mujer en la paz mundial[26]. En esta Conferencia, se aprobó un Plan de Acción Mundial para el establecimiento de una serie de instrumentos y programas para fortalecer el status de la mujer y alcanzar objetivos a diez años. Asimismo, a partir de esta Conferencia se crearon el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer y el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer[27].

ii. Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Copenhague el año 1980, en la que se abordaron temas referentes a la inclusión del varón en la promoción del papel de la mujer en la sociedad; la ampliación de los servicios de salud y educación, y el acceso a los recursos para el trabajo; la sensibilización a las mujeres respecto a las oportunidades disponibles[28]. En esta conferencia se explicó que la igualdad no se reducía a un ámbito formal, sino que debía comprender una igualdad de responsabilidades y oportunidades. Es decir, la igualdad debía de ser sustantiva a la par que formal[29].

iii. Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Nairobi el año 1985, en la que se analizaron los avances y los obstáculos en el periodo de diez años. En ella, los Estados aprobaron "Las estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer hasta el año 2000", que consistían en una serie de dispositivos a ser empleados por los Estados para el reconocimiento social del papel de las mujeres y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales[30].

iv. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing el año 1995, en la que se adoptó una Plataforma de Acción debido a la persistencia de obstáculos para alcanzar la igualdad y la plena realización de los derechos de las mujeres. La Plataforma contenía una serie de medidas de carácter obligatorio para los Estados para que fuesen implementados en un periodo de quince años. A partir de esta última Conferencia, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, además de reunirse año tras año para discutir la implementación de las medidas, convocó a las reuniones denominadas Beijing+, los años 2000, 2005 y 2010, para analizar el avance de la Plataforma de Acción[31].

---

[26] MARENCO MARROCHI, L. e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *A tres décadas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en Centroamérica: avances para las mujeres en zonas rurales e indígenas*, 1ª ed., San José de Costa Rica: Editorama S.A., 2010.

[27] RUIZ CARBONELL, "La evolución histórica…", op. cit.

[28] MARENCO MARROCHI e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *A tres décadas de*…, op. cit.

[29] FACIO, A., "Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas", en *Pensamiento Iberoamericano*, nº 9, 2011, pp. 3-20, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3710875

[30] Ídem.

[31] Ídem.

Por otro lado, un instrumento de suma importancia y que no debemos pasar por alto es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada en París, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal significó el hito del reconocimiento del principio de igualdad[32]: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Art. 1 de la Declaración Universal).

No cabe duda que gracias a la creación de Naciones Unidas y la internacionalización de los derechos humanos, se adoptó una serie de declaraciones y convenciones para una protección integral de los derechos y libertades de los seres humanos y se crearon diversas comisiones para velar por la promoción de los mismos. No obstante ello, tuvieron que transcurrir varias décadas para la emisión de instrumentos vinculantes para los Estados en materia de derechos de las mujeres[33].

Es así que el 18 de diciembre de 1979, a través de la resolución 34/180, se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981. Con la Convención, los Estados se comprometieron a consagrar en sus Constituciones el principio de igualdad y a adoptar los mecanismos legislativos para su realización práctica y la sanción de cualquier acto de discriminación contra la mujer. Este instrumento es de suma importancia en tanto crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano encargado de examinar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole adoptadas por los Estados parte para hacer efectiva la Convención (Art. 18 de la Convención).

Cabe precisar que esta Convención cuenta con un Protocolo Facultativo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999. A través de este instrumento, los países reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones de las personas que aleguen ser víctimas de una violación por parte del Estado (art. 1 y 2 del Protocolo). Gracias al Protocolo se incrementaron las facultades del Comité, de tal suerte que ahora este organismo puede recibir e investigar las comunicaciones de las mujeres o grupos que aleguen la violación de uno de los derechos establecidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[34].

Posteriormente, con la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada a través de la resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas realizada en Viena, se logra avanzar un peldaño más en la protección de los derechos de la mujer en tanto se proporciona una definición de lo que es violencia, no

[32] RUIZ CARBONELL, "La evolución histórica…", op. cit.

[33] MARENCO MARROCHI e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *A tres décadas de*… op. cit.

[34] Ídem.

restringiéndose ésta a un aspecto físico, sino abarcando estratos psicológicos, sexuales, de violación de la libertad, tanto en el contexto familiar como en el social[35].

En el plano americano debemos mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –más conocida como Convención de Belem do Pará– adoptada en junio de 1994. Con este instrumento, además de darse una definición de violencia contra la mujer, los Estados americanos se comprometen a adoptar políticas para prevenir, sancionar y erradicar este tipo de violencia (Art. 7 de la Convención).

Más recientemente, el 2014, en el ámbito europeo, se emitió el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica –conocida como Convención de Estambul–, que busca, principalmente: proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia previniendo y persiguiendo su comisión; establecer políticas de protección a las víctimas; promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (art. 1 del Convenio). Antes de este Convenio, ya en el Tratado de Ámsterdam de 1997 –que entró en vigor el 1 de mayo de 1999–, se acordaron una serie de políticas para eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre varones y mujeres[36].

Pese a la emisión de todos estos instrumentos internacionales sobre los derechos de la mujer, "los esfuerzos por lograr la igualdad entre los hombres y mujeres siguen siendo insuficientes frente a las crecientes necesidades y demandas de las mujeres en una sociedad que milenariamente ha omitido, invisibilizado y discriminado de manera sistemática a la mitad de su población, en todos los ámbitos"[37].

3. Protección normativa de la mujer en Perú

3.1. Obligaciones internacionales asumidas por Perú

Perú suscribió la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el 23 de julio de 1981, mientras que el instrumento de ratificación, de 20 de agosto de 1982, fue depositado el 13 de septiembre de 1982. Este fue el primer Tratado específico sobre protección de los derechos de la mujer que suscribió y ratificó el Estado peruano[38].

[35] Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú, *Violencia basada en el género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*, 1ª ed., Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016.

[36] MAYORDOMO RODRIGO, V., *La violencia contra la mujer, un estudio de derecho comparado,* 1ª ed., Madrid: Dilex, S.L., 2005.

[37] MARENCO MARROCHI e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *A tres décadas de…,* op. cit.

[38] Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=136&Lang=SP

Aunque la Convención no hace referencia alguna a la violencia de género, sí establece preceptos generales de protección a las mujeres, de los cuales se puede extraer la obligación de los Estados de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Así, en el artículo 3° expresamente se señala que los Estados deben adoptar "todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre". En el mismo sentido, en el artículo 5° literal a) se prescribe que los Estados deben adoptar medidas encaminadas a "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres". Como se señaló en el primer acápite del presente trabajo, la violencia de género es el reflejo de una sociedad históricamente patriarcal y misógina en la que la agresión hacia las mujeres es consecuencia del menosprecio al género femenino y su consideración de inferioridad.

El día 9 de abril de 2001, Perú depositó el instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer vigente a partir del 9 de julio de 2001; de esta manera, aceptó que se realicen comunicaciones individuales de personas que aleguen la violación de alguno de sus derechos y que se inicie el procedimiento de investigación respectivo por parte del Comité[39].

Además de las opiniones y recomendaciones específicas que brinda el Comité ante la remisión de una comunicación (artículo 27 del Protocolo), también puede emitir recomendaciones y sugerencias de carácter general en base a los informes y datos enviados por los Estados Parte (artículo 21 de la Convención). Si bien estas recomendaciones no tienen carácter vinculante, tienen la característica de normas *soft law* ya que orientan a los Estados en la adopción de políticas y en la interpretación de la Convención[40].

Respecto a la violencia contra la mujer, el Comité ha emitido la Recomendación General No. 12 (8° periodo de sesiones, 1989) y la Recomendación General No. 19 (11° periodo de sesiones, 1992).

En la Recomendación General No. 12, interpretando los artículos 2°, 5°, 11°, 12° y 16° de la Convención, se estableció que los Estados Partes tienen la obligación de "proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social", por lo que se recomendó que los Estados incluyan en su informes periódicos dirigidos al Comité información respecto

[39] Ídem.

[40] Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú, *Violencia basada en el género…* op. cit.

a la legislación vigente para proteger a la mujer de la violencia, medidas para erradicar la violencia, servicios de apoyo a las víctimas y datos estadísticos sobre la violencia[41].

En la Recomendación General No. 19, se consideró que la violencia contra la mujer era una forma de discriminación que le impedía el goce de sus derechos y libertades. Por ello, se realizó una interpretación del Convenio, artículo por artículo, para que los Estados apreciaran la estrecha relación que existe entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra la mujer, y las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Más aún, el Comité señaló que la discriminación no se limita a los actos cometidos por el Gobierno –o en nombre de éste–, sino, abarcaba las prácticas de cualquier persona, organización o empresa; por tanto, "en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas"[42].

En el ámbito regional, Perú suscribió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención de Belém do Pará", el día 12 de julio de 1995; el instrumento se ratificó el 2 de abril de 1996 y fue depositado el 4 de junio de 1996[43]. A través de la Convención Interamericana, el Estado peruano se comprometió a adoptar políticas adecuadas para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer –física, sexual y psicológica; tanto en el ámbito público, como en el privado–; este deber, además de la abstención de cualquier práctica violenta por parte de los agentes del Estado, obliga a:

> "Artículo 7° (…)
>
> d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (…);
>
> f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (…);
>
> g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (…)".

[41] ONU Mujeres, "Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer", disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm

[42] Ídem.

[43] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte,* Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos.pdf

Para la eficacia de las obligaciones asumidas por los Estados, el artículo 12° de la Convención de Belém do Pará ha prescrito que cualquier persona puede presentar una denuncia o queja de violación del artículo 7° de la Convención ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ésta le dará la respectiva tramitación conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos.

3.2. Normas que reprimen y previenen la violencia de género en Perú

Antes de analizar el conjunto de normas que se aplican ante una situación de violencia de género, es necesario hacer un recuento de los principales dispositivos que se emitieron con el objeto de proteger a la mujer y promover su trato digno e igualitario en la sociedad peruana.

El 15 de marzo de 2007, el Congreso del Perú aprobó la Ley No. 28983 - Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres[44]. Con este dispositivo, principalmente, se establecieron los siguientes lineamientos:

i. Que el Poder Legislativo aprobase normas que garantizaran los derechos de igualdad entre mujeres y hombres tanto a nivel laboral, económico, cultural, social, político, entre otros.
ii. Que el Poder Ejecutivo –incluyendo los gobiernos regionales y locales– promoviera y garantizara la participación efectiva de mujeres y hombres en la consolidación del sistema democrático; desarrollara políticas para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de violencia, en especial, la que se ejerce contra las mujeres; fomentara el acceso a recursos productivos, financieros y de crédito, especialmente para las mujeres en situación de pobreza; entre otros.
iii. Que el Poder Judicial garantizara el acceso a la justicia en igualdad de oportunidades; implementara procedimientos efectivos y oportunos para la denuncia de todas las formas de violencia sexual; entre otros.

Por otro lado, siendo la trata de personas un problema que afecta principalmente a mujeres, con la emisión de la Ley No. 28950 – Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, publicada el 16 de enero 2007, se modificaron diversos artículos del Código Penal para incorporar el tipo penal de trata de personas, pues, antes sólo estaba penada la retención y traslado de menores de edad y personas incapaces de valerse por sí mismas, mediando la amenaza, la violencia o algún engaño. Asimismo,

[44] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 16 de marzo de 2007, disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28983.pdf

mediante la emisión del nuevo Reglamento de la Ley No. 28950, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2016-IN[45], se creó una Comisión Multisectorial, de carácter permanente, para que despliegue una serie de acciones contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, realice el monitoreo y seguimiento de estos actos, y emita informes anuales dirigidos al Congreso de la República.

En materia de acoso sexual, a través de la Ley No. 27942 – Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, aprobada el 26 de febrero de 2003 y modificada por Ley No. 29430, de 7 de noviembre de 2009–, se establecieron una serie de medidas y sanciones contra el hostigamiento sexual que tuviera lugar en relaciones de autoridad y dependencia, o en que aún sin tener dicha posición de jerarquía, se produjese en los centros de trabajo públicos y privados, instituciones educativas, instituciones policiales y militares, y en el marco de relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral. Cabe precisar que las sanciones prescritas en estos dispositivos son de carácter laboral y/o administrativo, no estableciéndose ningún tipo penal para la conducta de hostigamiento sexual.

Posteriormente, mediante la Ley No. 30314 – Ley para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos, aprobada el 25 de marzo de 2015, se promovió la adopción de mecanismos por parte de los gobiernos regionales, provinciales y locales, para prevenir y sancionar el acoso producido en las vías públicas o zonas de recreación pública –conocido como acoso sexual callejero–; asimismo, se instituyó como obligación de diversos Ministerios –Ministerios de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, de Educación, de Salud, de Transporte y Comunicaciones, y del Interior– la incorporación de planes y estrategias para tratar y prevenir el acoso sexual callejero desde sus ámbitos de competencia (enseñanza preventiva del acoso sexual, atención de los casos de acoso sexual como parte de la salud mental, incorporación de carteles de prohibición del acoso sexual en los medios de transporte públicos, entre otros). Sin embargo, al igual que la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, este dispositivo sólo prescribe que las municipalidades y gobiernos regionales instauren procedimientos administrativos para la denuncia y sanción del acoso sexual en espacios públicos, mas no se criminaliza la conducta de acoso sexual.

3.2.1. Asistencia a víctimas de violencia de género

El 24 de julio de 2014 se distribuyeron en español las Observaciones Finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Perú, elaboradas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En el documento,

[45] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 9 de febrero de 2016, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-n28950-decreto-supremo-n-001-2016-in-1343376-5/

el Comité instó al Estado peruano a adoptar una ley integral de prevención de la violencia contra la mujer que abarcara la persecución penal de esa forma de violencia y la protección de las víctimas[46]; ello debido a que el Comité había detectado la falta de armonización de las múltiples guías y protocolos aplicables a los actos de violencia contra la mujer y una insuficiente coordinación y vigilancia del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015[47].

Debido a estas observaciones, el día 22 de noviembre de 2015, se promulgó la Ley No. 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar[48], derogándose así la Ley No. 26260 – Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, emitida todavía en el año 1993, que había sufrido una serie de modificaciones a lo largo del tiempo.

La Ley No. 30364 estableció diversos mecanismos, políticas y medidas para la protección y atención de las víctimas de violencia, la reparación del daño causado, la persecución, sanción y reeducación de los agresores, entre otros. Los principales aportes de esta Ley fueron:

i. La creación del Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, que es el sistema funcional "encargado de asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que orientan la intervención del Estado en materia de prevención, atención, protección y reparación de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar"[49]. Este Sistema está pensado para la actuación conjunta y articulada de los órganos del Estado a la par que promueve la participación ciudadana en la lucha contra la violencia hacia la mujer y demás integrantes del grupo familiar.
El Sistema está integrado por una Comisión Multisectorial de alto nivel (conformado por algunos de los Ministerios, el Presidente del Poder Judicial, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo; la Comisión está presidida por el representante del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y tiene como secretaría técnica a la Dirección General contra la Violencia de Género

[46] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones Finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú,* 2014, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/PER/CO/7-8&Lang=En

[47] El Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015, fue un instrumento elaborado, de manera concertada, por diversas autoridades del Perú y especialistas en la materia, que buscaba: i) implementar acciones que garantizaran el derecho de las mujeres de una vida libre de violencia; ii) facilitar el acceso a servicios públicos de calidad; y, iii) promover cambios en los patrones socioculturales, dando lugar a nuevas formas de relacionarse varones y mujeres, con respeto pleno de los derechos humanos.

Véase el Plan en http://redin.pncvfs.gob.pe/images/ley/plan-nacional-contra-la-violencia-hacia-la-mujer6.pdf

[48] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 23 de noviembre de 2015, disponible en: http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/

[49] Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables, disponible en: https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sistema-nacional-prevencion/que-es.php

del Ministerio de la Mujer), una instancia regional de concertación (conformado por el Gobierno Regional, Dirección Regional de Educación, Dirección Regional de Salud, Jefatura Policial de la Región, entre otros), una instancia provincial de concertación (conformada por la Municipalidad Provincial, la Gobernación Provincial, la Jefatura Policial de la Provincia, la Dirección de la Unidad de Gestión Educativa Local, la autoridad de salud de la jurisdicción, las juntas vecinales de seguridad ciudadana, las rondas campesinas o urbanas, Centro de Emergencia Mujer, entre otros) y una instancia distrital de concertación (conformado por similares instituciones que integran la instancia provincial, pero dentro de la demarcación distrital).

ii. Se establecieron como principios rectores: La igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres; el interés superior del niño y niña; la debida diligencia para adoptar políticas sin dilaciones en la prevención, sanción y erradicación de la violencia, estableciéndose la posibilidad de que se impongan sanciones a las autoridades que incumplan este principio; la intervención inmediata y oportuna para que los operadores de justicia y la Policía Nacional del Perú actúen de forma oportuna ante un hecho o amenaza de violencia; la sencillez y oralidad, con el mínimo de formalismo; la razonabilidad y proporcionalidad, ponderando la eventual afectación causada y las eventuales medidas de protección y rehabilitación a adoptarse. Los agentes encargados de ejecutar esta Ley deben actuar en cumplimiento de estos principios[50].

iii. Se reconocieron como derechos de las víctimas de violencia: el acceso a la información de los derechos y mecanismos de denuncias existentes; la asistencia jurídica y defensa pública gratuita y especializada; la atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas, gratuita en cualquier establecimiento de salud del Estado (lo cual incluye exámenes de ayuda diagnóstica, hospitalización, medicamentos, tratamiento psicológico y psiquiátrico); entre otros.

Ahora bien, con el Reglamento de la Ley No. 30364, aprobado mediante Decreto Supremo No. 009-2016-MIMP[51], se estableció que la prevención y atención de la violencia y recuperación de las víctimas estarían a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación.

i. Actuación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables: A partir del Reglamento de la Ley No. 30364, el Ministerio de la Mujer reforzó los siguientes servicios con los que ya contaba:

[50] Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú, *Violencia basada en el género…* op. cit.

[51] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 27 de julio de 2016, disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/servicios_web/conectamef/pdf/normas_legales_2012/NL20160727.pdf

— Centros Emergencia Mujer – CEM: Encargados de brindar atención integral y multidisciplinaria a las víctimas de violencia familiar y sexual. Entre las diversas funciones del CEM podemos destacar: brindar orientación legal, proveer defensa judicial y proveer consejería psicológica[52]. Los CEM, creados todavía en el año 1999, cuentan con un promedio de doscientos cuarenta y cinco oficinas a lo largo del territorio peruano[53].

A partir de la emisión de la Ley No. 30364, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables emitió la Resolución Ministerial No. 157-2016-MIMP, de 22 de julio de 2016, mediante la cual se aprobó la Guía de Atención Integral de los Centros Emergencia Mujer y se derogó la Resolución Ministerial No. 185-2009-MIMDES, que contenía la anterior Guía de Atención.

Los CEM pueden iniciar su actuación ante una situación de violencia derivada de una demanda espontánea; detectada en servicio o en actividades preventivas promocionales; notificada por línea 100, chat 100, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público o el Poder Judicial; derivada por el Servicio de Atención Urgente o el Centro de Atención Institucional Frente a la Violencia Familiar.

La nueva Guía de Atención señala que ante la identificación de una situación de violencia que amerite una intervención urgente, por la crisis emocional de la víctima, la situación de riesgo inminente en que se encuentra, el abuso físico o sexual recientemente ocurrido o, por la urgencia de salud física o mental; los CEM deben coordinar la atención inmediata con el servicio de psicología y, si fuese necesario, con el establecimiento de salud. Si se hubiese cometido un delito perseguible de oficio y la persona usuaria decidiese no denunciarlo, el CEM debe denunciar el hecho ante la Fiscalía Provincial Penal o su equivalente.

Asimismo, ante el riesgo severo o moderado de violencia, los CEM colaboran con la víctima en la elaboración de un plan de seguridad y le informan que puede optar por retirarse del hogar donde sufre la violencia o por continuar en él y solicitar a la autoridad competente el retiro del agresor. Si la víctima decide no retirarse del domicilio, se elabora un plan de escape ante la sospecha de una agresión y se anotan las razones expuestas de su negativa en la Ficha de Registro de Casos. En caso la víctima decidiese retirarse del hogar y no tuviese redes de soporte familiar idóneos, se coordina su ingreso a un Hogar de Refugio Temporal.

En un segundo nivel de atención, los CEM realizan el acompañamiento psicológico de las víctimas y, en base a él, emiten un informe psicológico y/o social del estado de salud mental y situación de la víctima, que tiene valor científico, legal y probatorio. En

[52] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Centros Emergencia Mujer - CEM", disponible en: https://www.mimp.gob.pe/homemimp/centro-emergencia-mujer.php

[53] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Directorio Web de los Centros Emergencia Mujer a nivel nacional", disponible en: http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13102/PLAN_13102_2016_DIRECTORIO_WEB_AL_31.08.2016.PDF

base a dichos informes se pueden solicitar medidas de protección, medidas cautelares y la sanción del hecho ilícito.

— La Línea 100: Servicio telefónico gratuito para informar, orientar y brindar apoyo a las víctimas de violencia familiar y sexual; reporta los casos más graves al Centro de Emergencia Mujer[54].

Con la emisión de la Ley No. 30364 y su Reglamento, se han modificado la Ficha de Registro de Consultas Telefónicas – Línea 100, de tal manera que se favorezca la identificación de casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, se identifique el nivel del riesgo y se brinde una respuesta inmediata y oportuna ante un hecho de violencia[55].

En esta ficha se consignan los datos de la persona informante o afectada; el motivo de la consulta; los datos del presunto agresor; la evaluación del riesgo o vulnerabilidad para la vida, la salud o la integridad personal, que realiza el operador; las acciones realizadas por el operador para atender la situación y la institución o servicio al que se derivó el caso (Centro Emergencia Mujer, Servicio de Atención Urgente, Comisaría, Establecimiento de Salud, Fiscalía, Poder Judicial, Ministerio de Justicia, entre otros).

— Chat 100: Servicio por internet y en tiempo real que brinda información y orientación psicológica para identificar situaciones de riesgos de violencia en relaciones de noviazgo, detenerlos y/o prevenirlos[56]. Este servicio está dirigido, principalmente, a jóvenes y adolescentes.

— Servicios de Atención Urgente – SAU: Encargado de brindar atención eficaz y oportuna, desplazando un equipo de profesionales al lugar donde se encuentre la víctima[57].

El SAU funciona desde octubre de 2010 y está integrado por un profesional de psicología, un trabajador social y otro de abogacía; estos se desplazan al lugar donde se encuentra la víctima, realizan las denuncias y gestiones sociales idóneas a los hechos y derivan los casos al CEM[58].

Centros de Atención Institucional: Servicio que se brinda a varones adultos que han sido sentenciados por violencia familiar, para su recuperación; el proceso consis-

[54] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Centros de Emergencia…", op. cit.

[55] Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual, *Instructivo para la ficha de Registro de Consultas Telefónicas – Línea 100,* disponible en: http://registroviolencia.buenaespina.com/file_download/31/INSTRUCTIVO+DE+FICHA+LINEA+100+2017.pdf

[56] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Denunciar violencia familiar y sexual – Chat 100", disponible en: https://www.gob.pe/482-denunciar-violencia-familiar-y-sexual-chat-100

[57] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Denunciar violencia familiar y sexual – Servicio de Atención Urgente", disponible en: https://www.gob.pe/484-denunciar-violencia-familiar-y-sexual-servicio-de-atencion-urgente

[58] PARRA UGAZ, M. y VILLALOBOS GALBANI, V., "Análisis del Servicio de Atención Urgente del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual", Trabajo fin de máster, Universidad del Pacífico, 2017, disponible en: http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1664/Maria_Tesis_maestria_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

te en actividades psicoeducativas y participativas que requieren del compromiso del usuario[59].

— Hogares Refugio Temporal: El 29 de mayo de 2004 se publicó la Ley No. 28236 a través de la cual se crearon los Hogares de Refugio Temporal para las víctimas de violencia de género. Ahora bien, dado que la Ley No. 30364 y su Reglamento establecieron que era función del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables promover, coordinar, articular, implementar, gestionar y administrar los Hogares de Refugio Temporal, a través de Resolución Ministerial No. 150-2016-MIMP, el referido Ministerio aprobó los documentos denominados "Criterios de derivación a los Hogares de Refugio Temporal", "Lineamientos para la atención y funcionamiento de los Hogares de Refugio Temporal" y "Modelo de Reglamento Interno Básico de los Hogares de Refugio Temporal"[60].

Los principales criterios de derivación a los Hogares de Refugio Temporal son: a) que sea una mujer víctima de violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, especialmente aquella que sufre violencia de su pareja o ex pareja, o que no cuente con soporte familiar; b) que sea una mujer con hijos (as) víctimas de violencia en su entorno familiar; c) que la víctima no tenga perturbaciones psiquiátricas que ponga en riesgo la seguridad de los demás; d) preferentemente, que haya interpuesto una denuncia por los actos de violencia, pudiendo interponerse dicha denuncia dentro de las cuarenta y ocho horas de su ingreso al refugio.

Los Hogares de Refugio Temporal brindan un espacio seguro de acogida temporal donde las beneficiarias tienen vivienda, alimentación, vestido, soporte emocional, apoyo terapéutico, entre otros. Las condiciones de permanencia en los Hogares son: la persona acogida no debe exceder los seis meses en el Hogar, salvo excepciones; la persona albergada no puede recibir visitas en el Hogar, el acercamiento con su red familiar se debe programar en las instituciones que la derivaron; las personas albergadas pueden salir del hogar previa coordinación sobre el acompañamiento y las medidas de seguridad a adoptar y dentro del horario establecido, siempre que sea para atender asuntos relacionados con la violencia que sufre (trámites del proceso, tratamiento o similares).

Por otro lado, continuando con las estrategias de los planes nacionales contra la violencia de género, el 26 de julio de 2016 mediante Decreto Supremo No. 008-2016-MIMP, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables aprobó el "Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021", que constituye el plan especial multisecto-

[59] Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "CAI – Centro de Atención Institucional", disponible en: https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=16

[60] La Resolución Ministerial No. 150-2016-MIMP, fue publicada en el diario oficial El Peruano, el 14 de julio de 2016; mientras que los documentos que se aprobaron se encuentran disponibles en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, https://www.mimp.gob.pe/files/novedades/publicaciones-sobre-hogares-refugio-temporal.pdf

rial que recoge los lineamientos contenidos en la Ley No. 30364 y concreta las responsabilidades de las distintas entidades públicas para la efectiva aplicación de ésta[61]. En otras palabras, el referido Plan Nacional es un mecanismo de seguimiento para el Sistema Nacional instaurado a través de la Ley No. 30364, ya que en él se establecen las obligaciones asumidas por cada una de las instituciones a las que les compete su implementación[62].

ii. Actuación del Ministerio de Salud: Tanto la Ley No. 30364 como su Reglamento han dispuesto que la atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas de violencia y los integrantes del grupo familiar, es gratuita en cualquier establecimiento de salud del Estado. Incluye la atención médica, los exámenes, la hospitalización, medicamentos y tratamiento. Incluso se prevé que las personas albergadas en los Hogares de Refugio Temporal sean afiliadas de forma directa al Régimen de Financiamiento Subsidiario del Seguro Integral de Salud – SIS; las demás mujeres y miembros del grupo familiar que hayan sufrido violencia, también pueden ser afiliadas a dicho régimen previa verificación de los requisitos y evaluaciones correspondientes.

Además, se dispuso que cualquier profesional de la salud que conociera de algún acto de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar en el desempeño de sus funciones tendría la obligación de denunciar el hecho ante la autoridad competente.

En los casos de violación sexual, si es que la víctima fuese conducida a un establecimiento de salud, se dispuso que los operadores de salud registraran de manera adecuada todo lo observado y preservaran las prendas de vestir de la víctima y toda prueba útil y pertinente.

A partir de estos lineamientos, en febrero de 2017 el Ministerio de Salud del Perú emitió la Guía Técnica para la atención de salud mental a mujeres en situación de violencia ocasionada por la pareja o ex pareja[63] el cual tiene por objetivo establecer los procedimientos de identificación, diagnóstico y tratamiento para la recuperación de la salud mental, deteriorada por la violencia impartida por la pareja o ex pareja.

iii. Actuación del Ministerio de Educación: al igual que en el sector salud, la Ley No. 30364 obliga a los profesionales de educación a presentar la respectiva denuncia frente a actos de violencia advertidos en el ejercicio de sus funciones.

En esa línea, se encomendó al Ministerio de Educación la elaboración de una ruta para la intervención y derivación de situaciones de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar que fuesen detectados en las instituciones educativas. En virtud de ello, el 13 de mayo de 2018 se emitió el Decreto Supremo No.

[61] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 26 de julio de 2016, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-contra-la-viol-decreto-supremo-n-008-2016-mimp-1408988-1/

[62] Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe sobre el presupuesto asignado a: el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 (PNCVG), el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018 (PNSC) y Plan de Igualdad de Género 2012-2017 (Planing),* Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2017, disponible en: https://es.scribd.com/document/366087492/Informe-Planes-Nacionales

[63] Ministerio de Salud, disponible en: http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/3943.pdf

004-2018-MINEDU a través del cual se aprobaron los "Lineamientos para la gestión de la convivencia escolar, la prevención y la atención de la violencia contra las niñas, niños y adolescentes"[64]. Si bien este instrumento no está del todo enfocado en la violencia ocurrida dentro del hogar, brinda una serie de instrucciones para atender cualquier situación de violencia –dentro o fuera de la institución educativa– y derivarla a un centro especializado. Así, por ejemplo, ante la detección de una situación de violencia por parte de un familiar u otra persona ajena al centro educativo se debe informar inmediatamente al director (a), quien se encargará de interponer la respectiva denuncia. Posteriormente, se coordina con el Centro Emergencia Mujer para el apoyo interdisciplinario; después, se debe brindar el apoyo psicopedagógico a la víctima para su continuidad educativa y coordinar con otras instituciones estatales (Defensoría Municipal del Niño y Adolescente, Centro Emergencia Mujer, entre otros) para el apoyo socioemocional y el fortalecimiento de la prevención.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley No. 30364 instituyó los siguientes instrumentos y mecanismo del Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar:

i. Protocolo base de actuación conjunta: Según refiere la Ley No. 30364 y su Reglamento, el protocolo base de actuación conjunta es el instrumento que articula intersectorialmente los procedimientos, acciones y servicios brindados ante una situación de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar, de tal manera que se asegure la actuación global e integral de los distintos servicios de las diversas instituciones del Estado. Este protocolo debe ser aprobado y difundido por la Comisión Multisectorial de Alto Nivel.

Hasta la culminación del presente trabajo, sólo advertimos la emisión del Protocolo de Actuación Conjunta de los Centros Emergencia Mujer y Comisarías o Comisarías Especializadas en materia de protección contra la violencia familiar de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo No. 006-2018-MIMP de 2 de agosto de 2018[65]. En él se prescribió que las Comisarías deban coordinar con los Centros Emergencia Mujer la provisión de servicio de psicología, servicio legal y social. Asimismo, se establecieron las rutas de actuación para casos de violencia en flagrancia (acudir al lugar de los hechos, detener al agresor, conducir al nosocomio a la víctima, recibir su declaración; para todo esto se requiere el acompañamiento de profesionales del Centro Emergencia Mujer, quienes posteriormente ofrecerán los servicios de los que disponen) y no flagrancia (recepción y orientación de la denunciante, interposi-

[64] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 13 de mayo de 2018, disponible en: http://www.minedu.gob.pe/transparencia/2018/pdf/decreto-supremo-lineamientos-para-gestion-de-la-convivencia-escolar.pdf

[65] El Decreto Supremo No. 006-2018-MIMP, fue publicado en el diario oficial El Peruano, el 2 de agosto de 2018; mientras que el Protocolo de Actuación Conjunta se encuentra en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/178239-006-2018-mimp

ción de la denuncia, recepción de la declaración, emisión de la Ficha de Valoración de Riesgo y derivación al Centro Emergencia Mujer).

Del mismo modo, mediante Decreto Supremo No. 004-2018-MIMP, de 13 de junio de 2018, se aprobó la actualización del Protocolo Interinstitucional de acción frente al feminicidio, tentativa de feminicidio y violencia de pareja de alto riesgo[66]. Este instrumento comprende a todas las instituciones que integran el Sistema de Administración de Justicia: Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Justicia; a todas las que brindan apoyo social a la víctima: Ministerio de la Mujer, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación; y a otras que podrían brindar algún servicio adicional: Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobiernos Regionales y Locales. Los procedimientos que se observan en este Protocolo están sumamente detallados y abarcan acciones a favor de las víctimas y de las personas que dependan de ellas

ii. Registro único de víctimas y personas agresoras: el artículo 114° del Reglamento de la Ley No. 30364, dispuso la creación de un Registro Único de Víctimas y Personas Agresoras, el cual estaría a cargo del Ministerio Público.

No fue sino hasta el 10 de julio de 2018 –casi dos años después de la emisión del Reglamento de la Ley No. 30364– que el Ministerio Público aprobó el Reglamento del Registro Único de Víctimas y Personas Agresoras, a través de la Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 002420-2018-MP-FN[67]. En este Registro se consignan los datos de las víctimas de violencia, de las personas agresoras, la tipificación de los hechos, las causas y consecuencias de la violencia, la existencia de denuncias anteriores y otros datos afines, con el objeto de contribuir con la labor de los operadores de justicia, así como para diseñar o mejorar las estrategias de intervención, investigación y toma de decisiones.

Un aspecto interesante del Reglamento del Registro Único de Víctimas y Personas Agresoras es que se prescribe que la información esté disponible para los operadores de justicia (Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial) y para el personal autorizado del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables las veinticuatro (24) horas del día de los siete días de la semana, con la finalidad de que se adopten las medidas necesarias ante las alertas tempranas de riesgo que genere el sistema. Incluso se prevé que las Unidades Distritales de Asistencia a Víctimas y Testigos[68] realicen una

[66] El Decreto Supremo No. 004-2018-MIMP fue publicado en el diario oficial El Peruano, el 13 de junio de 2018; mientras que la actualización del Protocolo se encuentra disponible en portal del Ministerio Público, https://www.mimp.gob.pe/files/actualizacion-protocolo-interistitucional-accion-frente-al-feminicidio.pdf

[67] La Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 002420-2018-MP-FN, fue publicada en el diario oficial El Peruano, el 10 de julio de 2018, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-el-reglamento-del-registro-unico-de-victimas-y-per-resolucion-no-002420-2018-mp-fn-1669579-2/; mientras que el Reglamento se encuentra disponible en portal del Ministerio Público, https://portal.mpfn.gob.pe/descargas/normas/d57421.pdf

[68] Las Unidades Distritales de Asistencia a Víctimas y Testigos, forman parte del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos, cuyo Reglamento fue aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 1558-2008-MP-FN, de 12 de noviembre de 2008.

supervisión de las medidas de protección emitidas a favor de las víctimas, informando mensualmente de las acciones realizada a la Secretaría Técnica, creada a efectos del Registro. En caso de verse incrementado el riesgo de la víctima, la Unidad Distrital tiene la obligación de dar inmediato aviso a las autoridades para la adopción de medidas urgentes y necesarias para la salvaguarda de la integridad de aquella.

iii. Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar: es un espacio para la transferencia de información y conocimiento que tiene por finalidad "monitorear, recolectar, producir, sistematizar datos e información acerca del cumplimiento de las políticas públicas y los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en materia de violencia de género"[69]. Cabe precisar que el Observatorio recién fue implementado en marzo de 2018.

Finalmente, en cumplimiento de la Ley No. 30364 y su Reglamento, el 29 de julio de 2018, se publicó el Decreto Legislativo No. 1368[70] a través del cual se creó el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar integrado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; disponiéndose que el mismo fuese implementado de manera progresiva para conocer las medidas de protección y las medidas cautelares en el marco de la Ley No. 30364 e investigaciones por feminicidio, lesiones contra mujeres, violación sexual, actos contra el pudor de menores. En ese sentido –y como gran novedad-, este dispositivo legal prescribió la creación de Juzgados y Salas Especializadas de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar en materia Penal y de Familia, Fiscalías Especializadas de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar en materia Penal y de Familia; así como la creación de unidades de investigación forense debidamente equipadas con personal especializado, que incluya peritos, Cámaras Gesell y laboratorios.

3.2.2. Regulación penal

Un hecho de suma importancia para la prevención de la violencia de género en Perú fue la promulgación de la Ley No. 30068, publicada el 18 de julio de 2013, a través de la cual se modificó el Código Penal y el Código de Ejecución Penal con

[69] Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, disponible en: https://observatorioviolencia.pe/el-observatorio/el-observatorio/

[70] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 29 de julio de 2018, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-crea-el-sistema-nacional-especializa-decreto-legislativo-n-1368-1674963-2/

la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el delito de feminicidio[71/72]. Con este dispositivo se introdujo, por primera vez en el Código Penal peruano el artículo 108-B que tipifica el delito de feminicidio como delito independiente (desde el 2011 el feminicidio se regulaba a través de la figura del parricidio) prescribiéndose una pena privativa de libertad no menor de quince años, en caso se diese muerte a una mujer, por su condición de tal, en un contexto de violencia familiar, coacción, hostigamiento, acoso sexual, abuso de poder, abuso de confianza o de cualquier otra posición o relación que confiera autoridad al agente y por cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. Además, se estableció una serie de agravantes por las condiciones de la víctima, que acarreaban penas no menores de veinticinco años y de cadena perpetua en caso concurriesen dos circunstancias agravantes.

Posteriormente, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No. 30364 ampliamente comentada en el presente trabajo, modificó el artículo 121°-B del Código Penal el cual comprendía la agravante del delito de lesiones graves por la circunstancia de violencia familiar, incorporando la agravante del delito de lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar, con lo cual se introducía como sujeto de protección especial a la mujer –cuando la lesión estuviese motivada por su condición de tal y se produjese en las circunstancias descritas en el artículo 108-B del Código Penal–, con independencia, de que el acto se diese en el seno familiar. Semejante modificación ocurrió con el delito de lesiones leves (artículo 122° del Código Penal), al cual se le agregó la agravante por razón de la víctima, cuando ésta era mujer, la lesión se producía por su condición de tal y se daba en el contexto descrito en el artículo 108-B. De igual manera, se modificó el artículo 122°-B del Código Penal que comprendía las formas agravadas de lesiones leves cuando fuese por violencia familiar, asentándose un tipo penal de agresión en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.

Asimismo, la Ley No. 30364 agregó agravantes para los delitos de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377° del Código Penal) y denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378° del Código Penal), cuando los hechos hubiesen estado relacionados a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

---

[71] Pese a las voces que se encontraban en contra de la tipificación del feminicidio como un delito autónomo por considerar que era un acto de discriminación, este delito fue incorporado al Código Penal peruano sosteniéndose que se colocaba a la mujer como sujeto de protección. Se buscaba sancionar la violencia de género, se evidenciaban factores y contextos que, tradicionalmente, no eran tomados en cuenta en la investigación de un homicidio, permitía la movilización de acciones para exigir la debida diligencia de autoridades, brindaba herramientas para su prevención y sanción. MELÉNDEZ, L., "El Feminicidio en el Perú, caminos recorridos y retos para su prevención y sanción", disponible en: http://www.flora.org.pe/web2/index.php?option=com_content&view=article&id=564:el-feminicidio-en-el-peru-caminos-recorridos-y-retos-para-su-prevencion-y-sancion&Itemid=100

[72] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 18 de julio de 2013, disponible en: http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-incorpora-el-articulo-108-a-al-codigo-penal-y-modifi-ley-n-30068-963880-1/

Luego, dado que a inicios de 2018 se produjeron una serie de casos de feminicidio que conmocionaron al país en los meses de julio y agosto, respectivamente, se aprobaron dos normas de trascendental importancia: Ley No. 30819 y Ley No. 30838.

La Ley No. 30819 estableció un nuevo paquete de modificaciones del Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes con el objeto de ampliar la protección para los casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar[73]. Los principales aportes de esta Ley fueron:

i. Se estableció como agravantes del delito de feminicidio (108°-B del Código Penal) que el mismo fuera cometido en presencia de cualquier niño, niña o adolescente (anteriormente se requería que los menores estuviesen bajo cuidado de la víctima) y que el agente hubiese actuado en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre o bajo el efecto de cualquier tipo de drogas. Cabe precisar que, al día de hoy, el tipo simple del delito de feminicidio se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad no menor de veinte años, mientras que la concurrencia de una agravante acarrea una pena no menor de treinta años y es de cadena perpetua si concurren dos o más agravantes.
ii. Se modificó el delito de lesiones graves (artículo 121° del Código Penal), señalándose como uno de los supuestos "las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera veinte o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico"; antes se requería un mínimo de treinta días de asistencia o descanso. Esta modificación obedecería a un conocido caso de violencia hacia la mujer que fue procesado como lesiones leves, ya que la víctima no superaba los treinta días de descanso o asistencia pese a presentar el rostro lleno de hematomas, hinchazón, moretones y ausencia de piel[74].
iii. Se modificaron los delitos de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121°-B del Código Penal) y lesiones leves (artículo 122° del Código Penal), estableciéndose que la víctima podía ser la cónyuge, la excónyuge, la conviviente o exconviviente. Además, se han aumentado las penas para el delito de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, pues, el delito base es reprimido con una pena privativa de libertad entre seis y doce años; si concurren dos de las circunstancias descritas, la pena es entre doce y quince años; y si se produce la muerte de la víctima, la pena será entre quince y veinte años.

[73] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 13 de julio de 2018, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-los-ninos-y-ley-n-30819-1669642-1

[74] RAMÍREZ HUAROTO, B., "Los siete cambios más importantes de la Ley 30819 que modificó el Código Penal", en *Legis,pe,* 13 de julio de 2018, disponible en: https://legis.pe/siete-cambios-importantes-ley-30819-modifico-codigo-penal/

Asimismo, en todos los delitos de lesiones –simples o agravados–, se ha precisado que éstas pueden infringirse sobre el cuerpo, la salud física o la salud mental. Ello obedecería a diversos reportes emitidos por la Defensoría del Público en los que requerían que se abordara ambos aspectos de la salud[75] por lo que ahora sería objeto de protección tanto la integridad física como psicológica.

iv. Se prescribió que el Juez Penal sea quien declarare la suspensión o extinción de la patria potestad en el mismo proceso penal por violencia seguido contra uno de los progenitores. Anteriormente, los interesados debían de acudir a la vía civil para desplegar dichas pretensiones.

Por su parte, la Ley No. 30838 modificó el Código Penal y Código de Ejecución Penal con el objeto de fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual[76]. Las principales novedades de esta ley fueron:

i. Se establece la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal en los delitos de violación de la libertad sexual.
ii. Se prescribe la improcedencia de la terminación anticipada y la conclusión anticipada en los delitos de violación de la libertad sexual.
iii. Establece que en la violación sexual no sólo puede mediar violencia o grave amenaza sino también violencia psicológica y aprovechamiento de un entorno de coacción o de cualquier entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento.
iv. Se aumentaron las penas privativas de libertad en los casos de violación para víctimas mayores de edad a efectos que no exista una diferencia abismal con las penas establecidas para menores.
v. Se estableció como agravante en el delito de violación sexual que el agente actuase en estado de ebriedad, con alcohol en la sangre o bajo el efecto de cualquier droga.
vi Se establece como una forma agravada de los delitos de violación contra la libertad sexual que el agente registre el hecho ilícito a través de cualquier medio visual, auditivo o audiovisual o lo transmita mediante cualquier tecnología de la información o comunicación.
vii. Se prescribe que el plazo establecido para la reincidencia no se aplique a los delitos de violación de la libertad sexual (este plazo no se aplicaba desde 2013 al feminicidio y al delito de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar).

[75] Ídem.

[76] Publicado en el diario oficial El Peruano, el 4 de agosto de 2018, disponible en: https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-ejecucion-pe-ley-n-30838-1677448-1/

viii. Se excluye a los delitos de violación de la libertad sexual de la rehabilitación automática por cumplimiento de la pena. La rehabilitación será dictada por el órgano sentenciador después de transcurridos veinte años.

ix. Se cambiaron las denominaciones de los delitos de violación sexual mediante engaño (anteriormente, seducción) y tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (anteriormente, actos contra el pudor), estableciéndose penas mayores para ambos. Más aún, se ha modificado el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, ya que éste, anteriormente, requería el empleo de violencia o grave amenaza lo cual excluía cualquier tocamiento realizado en el contexto de un acoso sexual callejero que ocurría de manera intempestiva, sin mediar dichos elementos. Esta situación aquejaba a un 8.8% de mujeres en Lima y Callao y al 7.1% de mujeres a nivel nacional, según un estudio realizado por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú[77].

3.2.3. Normas procesales aplicables a la violencia de género

A través de la Ley No. 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, anteriormente comentada, se instauró un proceso especial de tutela para los casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Este proceso especial sigue la siguiente dinámica:

i. La denuncia –que podría ser por violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial– se presenta de manera escrita o verbal, ante la Policía Nacional del Perú, el Juzgado de Familia, la Fiscalía de Familia (si la violencia involucra a niños, niñas y adolescentes), o la Fiscalía Penal (si los hechos revisten las características de un delito).

La puede interponer la propia víctima o cualquier persona en su favor (la Defensoría del Pueblo, los profesionales de la salud, profesionales de educación, etc.).

Cualquiera sea el operador del sistema de justicia que reciba la denuncia deberá llenar la Ficha de Valoración del Riesgo.

Si la denuncia la recibe la Policía Nacional del Perú y se presume que se trata de un delito, comunica el hecho de manera inmediata a la Fiscalía Penal para que actúe

[77] En el estudio se determinó, además, que el 19.4% de las mujeres fue blanco de roces incómodos y frotamientos en transporte público y/o espacios congestionados, en Lima y Callao; mientras que el 13.5% de mujeres lo fue a nivel nacional. Asimismo, se concluyó que nueve de cada diez mujeres de entre 18 y 29 años habían sido víctimas de cualquier forma de acoso sexual callejero, en los últimos seis meses, en Lima y Callao; y, la incidencia es de siete cada diez mujeres a nivel nacional. SULMONT, D. y MARTÍNEZ, V., *Roles y Violencia de Género. Reporte comparativo. Nacional urbano rural 2012 y 2016*, Lima: Instituto de Opinión pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en: http://iop.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/11/PPT-Reporte-Genero-IOP-PUCP.pdf

conforme a sus atribuciones. Además emite un informe o atestado policial dirigido al Juez de Familia el cual es remitido en un plazo de veinticuatro horas.

Si la denuncia es recibida por el Ministerio Público (Fiscalía Penal, Fiscalía de Familia, Fiscalía Mixta u otra), éste dispone la realización de los exámenes y diligencias pertinentes y remite los actuados al Juzgado de Familia en un plazo de veinticuatro horas. Sin perjuicio de ello, si se presume que los hechos son delictivos se remite a la Fiscalía Penal para que continúe la investigación.

ii. El Juzgado de Familia o su equivalente recibe las denuncias de las instituciones antes señaladas, convoca a un audiencia oral y, de considerarlo necesario, ordena la actuación de pruebas de oficio.

Si el Juzgado de Familia recibió de manera directa la denuncia de la víctima, comunica al Juzgado Penal –o Mixto– de turno si advierte la comisión de un hecho ilícito. Asimismo, comunica a la Fiscalía de Familia –o Mixta– para su participación en el proceso especial si las víctimas son niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores, personas en situación de vulnerabilidad.

iii. El Juzgado de Familia realiza la audiencia con la presencia de las víctimas o sin ellas, con la presencia del denunciado a sin ella y si lo considera necesario, puede entrevistar a la persona denunciada.

Si las circunstancias lo ameritan, el Juzgado de Familia dicta las medidas de protección (destinadas a la preservación de la víctima y su familia), sociales (buscan contribuir con la recuperación integral de la víctima) o cautelares (para proteger su patrimonio, asegurar un pretensión civil patrimonial o familiar, como la tenencia, régimen de visitas, etc.) en un plazo de setenta y dos (72) horas de recibida la denuncia.

Las medidas de protección pueden ser (artículo 22° de la Ley No. 30364 y artículo 37° del Reglamento):

a) Retiro del agresor del domicilio.
b) Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.
c) Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.
d) Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección.
e) Inventario sobre sus bienes.
f) Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares.

g) Prohibición de acceso a lugares de trabajo o estudio de la víctima u otro lugar que ésta frecuenta o de acercarse a una distancia de trescientos metros.
h) Prohibición de disponer, enajenar, otorgar en prenda o hipoteca o cambiar de titularidad de los bienes muebles o inmuebles comunes.
i) Prohibición a la persona agresora de trasladar niños, niñas o personas en situación de cuidado del grupo familiar.
j) Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora.
k) Cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de sus víctimas o sus familiares.

Si se recibiera un caso de riesgo severo, de acuerdo a la Ficha de Valoración de Riesgo, el Juzgado de Familia deberá adoptar las medidas de protección o cautelares de inmediato. Las medidas de protección o cautelares surten efecto hasta la sentencia que emita el Juzgado Penal o Juzgado de Paz Letrado, tratándose de un delito o una falta, respectivamente. Además, el Juzgado de Familia podría variar las medidas de protección o cautelares hasta que el Juzgado Penal o Juzgado de Paz Letrado tome conocimiento del caso si se producen nuevos hechos, varían las circunstancias de hecho o las medidas son insuficientes.

Tanto la víctima como el denunciado pueden interponer recurso de apelación contra las medidas de protección y cautelares dispuestas. La apelación se concede sin efecto suspensivo. Una vez recibido el cuaderno por la Instancia Superior, se comunica a la partes que los autos están expeditos para ser resueltos y dentro del quinto día se emite resolución definitiva. Antes de esta Resolución, el Fiscal Superior debió de haber remitido el respectivo dictamen.

En apelación no procede informe oral pero excepcionalmente, el Superior puede solicitar que las partes o sus abogados informes sobre cuestiones específicas. Siendo éste el caso, se emitirá resolución definitiva después de cinco (05) días.

La Policía Nacional del Perú es la encargada de ejecutar las medidas de protección relacionadas con la seguridad personal de la víctima. En ese sentido, a través de la Resolución Directoral No. 925-A-2016-DIRGEN/EMG-PNP[78] emitida el 12 de septiembre de 2016 se estableció el siguiente procedimiento para la ejecución de las medidas de protección:

a) Registrar las medidas de protección que se encuentren a su cargo a través del sistema informático "Registro de Víctimas con Medida de Protección". Con este sistema se realiza el seguimiento respectivo.

[78] Policía Nacional del Perú, "Guía de Procedimientos para la intervención de la Policía Nacional en el marco de la Ley N° 30364", disponible en: https://www.repositoriopncvfs.pe/wp-content/uploads/2017/04/guia_de_procedimiento-pnp.pdf

b) Mantener actualizado el Mapa Gráfico y Georeferencial de medidas de protección con la información remitida el Juzgado de Familia.
c) Proporcionar los números telefónicos de la Comisaría de la jurisdicción donde domicilia la víctima a fin que ésta o sus familiares se comuniquen ante un peligro inminente. Para esta función la policía puede coordinar con los servicios de Serenazgo a fin de brindar una respuesta oportuna.
d) Si una víctima acude a la Comisaría portando una medida de protección dictada a su favor, el personal debe comunicarse con el Juzgado de Familia para corroborar la medida e incluirla en el "Registro de Víctimas con Medidas de Protección".
e) Elaborar un plan, ejecutar la medida, dar cuenta al Juzgado que dispuso la medida de protección y realizar labores de seguimiento sobre la misma.
f) Informar a la persona procesada de la existencia de las medidas de protección y lo que corresponda para su estricto cumplimiento.
g) Establecer un servicio de ronda inopinada, visitando a la víctima a fin de verificar su situación y elaborar el parte de ocurrencia según el caso.
h) Si las víctimas comunican algún tipo de lesión, actos de violencia e incumplimiento de las medidas de protección, se le presta auxilio inmediato y se comunica el hecho al Juzgado de Familia que dictó la medida.
i) Durante el cumplimiento de la medida de protección comunicará al Juzgado de Familia o su equivalente mediante el documento respectivo, las acciones desarrolladas y/o las ocurrencias suscitadas en la ejecución de la misma.

iv. Emitida la resolución de medidas de protección o cautelares, el Juzgado de Familia remite el expediente a la Fiscalía Penal –en caso advierta un posible delito– o al Juzgado de Paz –en caso se trate de una falta–.

A partir de este momento, para la investigación y sanción del hecho se aplican las disposiciones comunes del Código Penal, Código Procesal Penal, el Código de Procedimientos Penales y la Ley No. No. 27939 – Ley que establece el procedimiento en casos de faltas y modifica los artículos 440, 441 y 444 del Código Penal.

La Fiscalía Penal podría incluso adoptar como medidas de protección: la protección policial, el cambio de residencia, la ocultación del paradero, emplear procedimientos tecnológicos tales como videoconferencias u otros adecuados para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido, entre otras reguladas en el artículo 248° del Código Procesal Penal. La Fiscalía también puede solicitar el apoyo del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos.

v. El Juzgado competente que emita sentencia debe comunicar que la sentencia quedó consentida o ejecutoriada al Juzgado que dictó las medidas de protección. Éste emitirá un informe final sobre la ejecución de las medidas, sus incidencias y dispondrá el archivo del proceso especial.

Las medidas de protección que se dicten en la sentencia condenatoria e impliquen una obligación para el condenado tienen calidad de reglas de conducta.

Se deberá comunicar la sentencia a las instituciones encargadas de su ejecución, las cuales informarán al Juzgado de manera periódica la ejecución de las medidas. La ejecución de las medidas de protección, al igual que en el proceso especial, está a cargo de la Policía Nacional del Perú quien sigue el procedimiento antes mencionado.

En caso de incumplimiento de las medidas de protección por parte del procesado, se podrán los hechos en conocimiento de la Fiscalía Penal de Turno.

Como se observa, a través de la Ley No. 30364 y su Reglamento se estructura un proceso para casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar con dos etapas: la primera, en la que se adoptan las medidas de protección a favor de la víctima; la segunda, en la que se sigue el procedimiento común para la sanción de la conducta del agresor.

A través de este proceso se trata de implementar acciones céleres para poder brindar una protección efectiva y oportuna a las víctimas, así como evitar nuevas situaciones de violencia. Asimismo, se trata de evitar la revictimización del agraviado, excluyendo aquellas actitudes inadecuadas por parte de los servidores de la administración pública que podrían incrementar el daño sufrido.

Ahora bien, para los casos de violación o violencia sexual se ha instaurado un conjunto de pautas para la atención de la víctima como su inmediato traslado al Instituto de Medicina Legal para que reciba la adecuada atención y se le realicen exámenes médicos y psicológicos completos, evitándose procedimientos invasivos o revictimizadores. Los centros de atención están obligados a preservar toda prueba del hecho, garantizando la correcta cadena de custodia e informar a la víctima sobre su derecho a recibir tratamiento por infecciones sexuales, retrovirales, anticonceptivos orales de emergencia y otros.

3.2.4. Otros mecanismos: justicia comunal

La Ley No. 30364 y su Reglamento, ha emitido algunas disposiciones para los casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar que se produzcan en zonas rurales. Así, se establece que en lugares donde no exista un Juzgado de Familia o un Juzgado de Paz Letrado, los actos de violencia serán de conocimiento del Juzgado de Paz que dictará las medidas de protección correspondientes, en casos de delitos, y remitirá lo actuado a la Fiscalía Penal o Fiscalía Mixta. En casos de faltas, además de dictar la medida de protección, el Juzgado de Paz llevará a cabo el proceso. En ambos supuestos se debe dar aviso al Juzgado de Familia de su jurisdicción.

Ahora bien, si en el lugar de los hechos no existiese Comisaría de la Policía Nacional del Perú, el Juzgado de Paz tendría que coordinar la ejecución de las medidas de

protección y las sanciones con las rondas campesinas[79], los gobernadores, los tenientes gobernadores o las personas designadas por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

Por otro lado, la normativa prescribe que en los lugares donde coexistan Juzgado de Familia o Juzgados de Paz con autoridades de las comunidades campesinas, comunidades nativas o rondas campesinas investidas de funciones jurisdiccionales, se debe establecer un sistema de coordinación funcional y operativa para la investigación y sanción de la violencia contra la mujeres e integrantes del grupo familiar, de conformidad con el artículo 149° de la Constitución Política del Perú[80].

En virtud del referido artículo 149° de la Constitución, las comunidades campesinas y nativas tienen una jurisdicción especial, a la cual denominan "justicia popular", y es en base a ella que administran justicia partiendo del derecho consuetudinario propio de cada lugar. En un interesante estudio desarrollado el 2015, en los distritos rurales de Anchonga (departamento de Huancavelica - Perú) e Iguaín (departamento de Ayacucho - Perú), donde no existen comisarías, se determinó que, con algunos matices, el procedimiento que se sigue ante una situación de violencia contra la mujer en la comunidad campesina es el siguiente: se interpone la denuncia ante las autoridades comunales; se convoca a una asamblea comunal en la que participan todos los pobladores de todas las edades; se expone el caso con la participación e intervención de los involucrados; finalmente, la comunidad decide la sanción a imponerse, dependiendo de las características del caso e incluso, la comunidad puede decidir que la mujer perdone al agresor –que en casi todos los supuestos es el esposo–, u optar por azotarlo públicamente con un "chicote" [81].

Según refirieron las autoridades de las comunidades estudiadas, ellos prefieren esta forma de justicia al considerar que con ella se garantiza el bien de la comunidad y la familia. Por el contrario, evitan involucrarse en procesos judiciales por percibirlos como una pérdida de dinero y sistemas poco fiables: "el que tiene plata sí gana" [82]. Además, la

[79] Según se describe en el artículo 1° de la Ley No. 27908 – Ley de Rondas Campesinas, la ronda campesina es "una forma autónoma y democrática de organización comunal" que apoya a las Comunidades Campesinas y Nativas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, colabora en la solución de conflictos, realiza funciones de conciliación extrajudicial, vela por la seguridad y la paz comunal dentro de su ámbito territorial.

[80] El artículo 149° de la Constitución Política del Perú reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas de la siguiente manera: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

[81] CRISÓSTOMO MEZA, M., *Violencia contra las mujeres rurales: una etnografía del Estado peruano,* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en: http://cisepa.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/06/Mercedes-Cris%C3%B3stomo_-1.pdf

[82] Ídem.

investigación percibió que las autoridades prefieren esta vía de solución por tener malas experiencias con las instituciones del Estado como la policía, fiscalía y juzgado, lo cual sería producto del conflicto armado interno que atravesó Perú entre los años ochenta y dos mil[83].

4. Efectividad de las medidas adoptadas por el Estado peruano para la protección de víctimas de violencia de género

4.1. Situación de la violencia contra la mujer en Perú

En octubre del año 2017, el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI llevó a cabo el XII Censo Nacional de Población. En él se determinó que la población de Perú es de 31'237,385 personas, de las cuales 14'931,127 son mujeres, es decir, las mujeres representan el 50.8% de la población[84].

Ese año, el Centro Emergencia Mujer atendió a un total de 40,221 mujeres de todas las edades que padecieron violencia psicológica, 32,041 que padecieron violencia física y 8,419 que sufrieron violencia sexual.

La Encuesta Demográfica y de Salud Familiar – ENDES del INEI concluyó que el 65.4% de mujeres en edad fértil (de 14 a 49 años) que alguna vez convivieron (o conviven), sufrieron algún tipo de violencia por parte del esposo o conviviente a lo largo de su vida hasta el 2017[85]. Esto quiere decir que, al menos, seis de cada diez mujeres peruanas –alguna vez unidas– a lo largo de sus vidas han sido agredidas física, psicológica o sexualmente por su pareja. De este sector de mujeres, sólo el 29% buscó ayuda en alguna institución.

Debido a estos alarmantes datos, en el presente acápite analizaremos la fluctuación de los indicadores de violencia contra la mujer de acuerdo a los datos proporcionados por el INEI y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

A continuación se muestra un gráfico de la evolución de la violencia psicológica, física y sexual contra la mujer alguna vez unida por parte del esposo o compañero, desde el año 2010 hasta el 2017[86]:

---

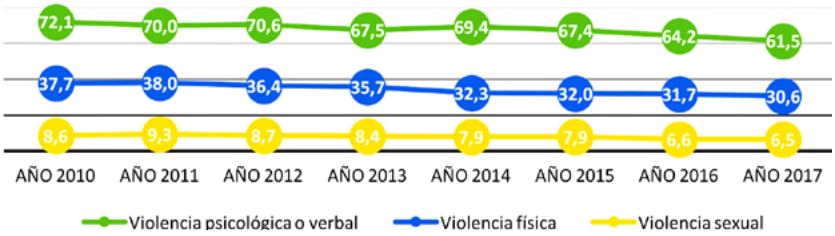
[83] Ídem.

[84] Instituto Nacional de Estadística e Informática, "Censos Nacionales 2017 – Primeros resultados", 25 de junio de 2018, disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/inei_en_los_medios/Conferencia_Prensa_CPV2017.pdf

[85] Instituto Nacional de Estadística e Informática, "El 65,4% de las mujeres de 15 a 49 años fueron víctima de violencia por parte de su esposo o compañero en el año 2017", 1 de junio de 2018, disponible en: https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-654-de-las-mujeres-de-15-a-49-anos-fueron-victima-de-violencia-por-parte-de-su-esposo-o-companero-en-el-ano-2017-10777/

[86] Figura 1. Fuente: ENDES 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016; Boletín Estadístico Virtual – diciembre 2017, del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Elaboración: Propia

Indicadores de violencia contra mujeres que alguna vez convivieron, por parte del esposo o compañero

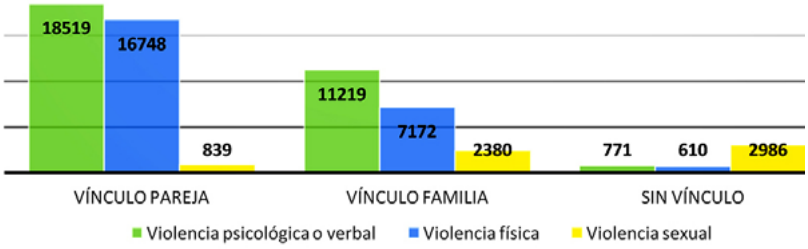


Como se aprecia, tanto la violencia psicológica-verbal como la física y sexual contra las mujeres por parte de sus parejas ha disminuido desde el 2010 a la actualidad. Sin embargo, esta reducción ha sido progresiva y no se evidencia un cambio sustancial entre el año 2015 (fecha en la que se promulgó la Ley No. 30364) y el 2016.

Por otro lado, desde enero a julio de 2018, el Centro Emergencia Mujer ha atendido los siguientes casos de violencia contra la mujer independientemente de su edad: treinta mil quinientos nueve (30,509) casos por violencia psicológica o verbal, veinticuatro mil quinientos treinta (24,530) por violencia física y seis mil doscientos cinco (6,205) por violencia sexual[87]. Si esta tendencia continúa en los cinco meses que restan del 2018, se va a superar el número de casos atendidos por el Centro Emergencia Mujer en 2017 (detallados *ut supra*).

De los casos atendidos, la violencia que sufrieron las mujeres según el vínculo que tenían con el agresor se distribuye de la siguiente manera[88]:

Violencia contra la mujer, según el vínculo con el agresor enero - julio 2018



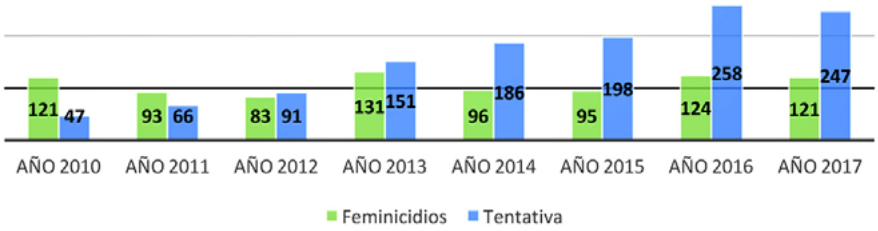
[87] Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Boletín Estadístico Virtual – julio 2018", disponible en: https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/estadistica/boletin_julio_2018/BV_Julio_2018.pdf

[88] Figura 2. Fuente: Boletín Estadístico Virtual – julio 2018 del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Elaboración: Propia

Como se muestra, la violencia psicológica o verbal y física ejercida por la pareja sentimental es mayor que la que se ejerce dentro de la familia (padres, hermanos, otros) o la que proviene de un tercero. Sin embargo, la violencia sexual de un tercero es ligeramente superior a la que se produce en el seno familiar y significativamente superior a la que se produce en la relación sentimental.

Por otro lado, en cuanto a los casos de feminicidio y tentativa de feminicidio registrados a partir del 2010 tenemos[89]:

Casos de feminicidio y tentativa 2010 - 2017



De manera sumamente preocupante y a diferencia de los índices de las otras formas de violencia contra la mujer, los casos de feminicidio no han disminuido de manera significativa a lo largo del tiempo. Por el contrario, se aprecia un aumento en los años 2016 y 2017 respecto del 2015. Lo que es peor, se han reportado muchas más tentativas de feminicidio a partir del año 2014.

La situación es mucho peor cuando se aprecia el porcentaje de mujeres que interpusieron una denuncia antes del feminicidio o la tentativa y el número que logró una medida de protección[90]:

Medidas adoptadas por la víctima antes de la agresión				
Tipo de Medida	Año 2016		Año 2017	
	Feminicidio	Tentativa	Feminicidio	Tentativa
Ninguna	92	56	83	42
Dencia ante Policía, Fiscalía o Juzgado	15	160	23	182
Separación	7	8	9	1
Cambio de ciudad de residencia	1	2	1	6
Logró medida de protección	1	32	1	12
Otros	4	0	3	4
Sin datos	4	0	1	0

[89] Figura 3. Fuente: Boletín Estadístico Virtual – julio 2018 del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Elaboración: propia

[90] Figura 4. Fuente: Boletín Estadístico Virtual – diciembre 2016 y Boletín Estadístico Virtual – diciembre 2017, del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Elaboración: Propia

Como nunca antes, la Ley No. 30364 estructuró un proceso célere a cargo del Juez de Familia para el otorgamiento de medidas de protección a favor de las mujeres y dispuso que la ejecución de las mismas estaría a cargo de la Policía Nacional del Perú. No obstante, como muestra el gráfico, es ínfimo el número de mujeres que logró una medida de protección antes de su muerte: de dieciséis (16) que denunciaron, solo una (01) logró la medida de protección, en el 2016; mientras que en el 2017, de veinticuatro (24) que denunciaron solo una (01) logró la medida en 2017. Si bien estos índices se elevan respecto a las mujeres que sufrieron una tentativa de feminicidio –de ciento noventa y dos (192) que denunciaron, treinta y dos (32) lograron medidas de protección, en el 2016; y, en el 2017, de ciento noventa y cuatro (194) que denunciaron, doce (12) lograron la medida; no se debe perder de vista que si la medida hubiese sido efectiva e idónea, el agresor no hubiese tenido oportunidad de intentar matar a la víctima.

Frente a estos hechos, es innegable la necesidad de concientización y promoción que requiere la Ley No. 30364, y el conjunto de mecanismos, programas y sistemas que ha implementado, para así logar que más mujeres denuncien las agresiones que sufren antes de ser víctimas de un delito de feminicidio.

Finalmente, en lo que va del 2018 (enero a julio), se han reportado 82 casos de feminicidio y 184 tentativas[91], por lo que habrá que esperar a fin de año para evaluar si los índices van en disminución o en aumento.

4.2. Deficiencias detectadas

4.2.1. En el ámbito penal

Hasta la culminación del presente trabajo, en Perú no existe un tipo penal que proscriba y sancione el acoso u hostigamiento sexual hacia la mujer, independientemente del lugar en el que se produzca. Si bien se han emitido dos normas (Ley No. 27942 y Ley No. 30314) que prohíben estas conductas en un ámbito laboral y en espacios públicos, éstas sólo establecen la posibilidad de castigar al acosador con medidas laborales o administrativas.

Consciente de este vacío legal, en el Recurso de Nulidad No. 1915 – 2013 de 9 de diciembre de 2014, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señaló: "[…] A quienes tienen una edad superior (a 14 años) se les protege su libertad de aceptar o rechazar este tipo de documentos de índole sexual, por lo cual dicha figura típica, en todo caso, sería adecuada al delito de injuria, comprendida en el artículo ciento treinta del Código Penal, pues no se puede soslayar que el legislador no la ha regulado todavía con precisión y exactitud, mediante otra circunstancia agravante, en atención al principio de legalidad". En otras palabras, la máxima instancia del Poder Judicial del Perú sostiene que en caso

[91] Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, "Boletín Estadístico Virtual – julio 2018…", op. cit.

se tuviese una conducta de acoso u hostigamiento sexual (por el envío de documentos con contenido sexual) se tendría que denunciar por injuria, que es un delito perseguible a instancia de parte a través de una querella y cuyo bien jurídico protegido es el honor.

El acoso u hostigamiento sexual, lejos de tratarse de un mero comportamiento que, a lo sumo, incomoda a la mujer, muchas veces podría tener como desenlace la agresión de la víctima o su propia muerte. Piénsese, por ejemplo, en el caso de Eyvi Ágreda, mujer que durante dos años fue perseguida y hostigada por Carlos Huapalpa, por no aceptar tener un vínculo sentimental con él, hasta que éste le prendió fuego en un medio de transporte público, acabando con la vida de Eyvi. Semejante situación fue la de María Hernández, gravemente herida por su compañero de trabajo, Luis Pazos, quien la hostigaba permanentemente por haber terminado la relación[92].

En ese mismo sentido, a través de una Nota de Prensa emitida por la Defensoría del Pueblo, la Adjunta para los Derechos de la Mujer sostuvo: "Urge aprobar un tipo penal específico que sancione las distintas manifestaciones de acoso, a fin de que las y los operadores de justicia garanticen la protección oportuna y efectiva de las víctimas y no se apela a figuras delictivas como la injuria, actos contra el pudor, exhibicionismo y/o publicaciones obscenas y como una falta contra las buenas costumbres"[93].

Si bien el artículo 108°-B del Código Penal reprime el delito de feminicidio si es que se da muerte a una mujer por su condición del tal y en un contexto –entre otros– de coacción, hostigamiento o acoso sexual. Pero ¿de qué sirve criminalizar una conducta si no se está logrando prevenir la misma, conforme se observó en los cuadros estadísticos anteriormente detallados? De la misma manera tenemos que preguntarnos: ¿Por qué se criminaliza el último eslabón (la muerte) de una conducta perturbadora hacia la mujer si el mismo contexto ya le es lesivo al no permitirle desarrollar su proyecto de vida con total normalidad?

Por más que exista un proceso especial de tutela para brindar medidas de protección a las mujeres que sufran algún tipo de acoso, de nada servirá este si es que no se materializa un proceso penal –o mínimamente un proceso por faltas– contra el autor de los actos de hostigamiento o acoso en el que se le imponga una pena que venga ligada a algún programa de reeducación o corrección y sirva de advertencia al conglomerado social.

4.2.2. En el ámbito de tratamiento y protección de las víctimas de violencia

Como se analizó precedentemente, a partir del año 2015 se han emitido una serie de normas, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo, que buscan una protección in-

[92] SAUSA, M., "Solo dos casos de acoso sexual se han sancionado desde 2016", en *Perú21,* 8 de mayo de 2018, disponible en: https://peru21.pe/peru/dos-casos-acoso-sexual-han-sancionado-2016-informe-405963?foto=5

[93] Defensoría del Pueblo, "Nota de Prensa Nº153/OCII/DP/2018: Advertimos que al no tipificarse penalmente el acoso, no se sancionará severamente a agresores de mujeres", 25 de abril de 2018, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/NP-153-18.pdf

tegral de la mujer ante una situación de violencia. Sin embargo, la adecuación al nuevo sistema instaurado por parte de las instituciones del Estado aún es muy lenta. Como muestra un pequeño ejemplo: el Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar fue implementado recién en marzo de 2018, esto es, tres años después de la emisión de la Ley No. 30364 que disponía su creación.

A continuación, se detallan las principales deficiencias detectadas en la aplicación de la Ley No. 30364:

A. En el sector salud

La Ley No. 30364 y su Reglamento dispusieron que las mujeres víctimas de violencia debían de recibir una atención de calidad y gratuita en los centros de salud el Estado para lograr su recuperación integral. Sin embargo, al día de hoy, además de la Guía Técnica para la atención de salud mental a mujeres en situación de violencia ocasionada por la pareja o ex pareja, el Ministerio de Salud aún no ha uniformizado el procedimiento que deben de seguir los especialistas de salud en la atención de este tipo de casos.

En efecto, el procedimiento de atención frente a casos de violencia de género en el sector salud se encuentra disperso en tres dispositivos: Normas y Procedimientos para la prevención y atención de la violencia familiar y el maltrato infantil, aprobadas mediante Resolución Ministerial No. 455-2001-SA/DM el 27 de julio de 2001; las Guías Nacionales para la atención integral de la salud sexual y reproductiva (que contiene un protocolo de violencia contra la mujer y una pautas para el manejo de estos casos) aprobadas mediante Resolución Ministerial No. 668-2004/MINSA el 21 de junio de 2004; y la Guía Técnica para la atención integral de las personas afectadas por violencia basada en el género, aprobada mediante Resolución Ministerial No. 141-2007/MINSA el 13 de febrero de 2007. Pese a que la Defensoría del Pueblo en dos oportunidades recomendó la revisión de los protocolos sanitarios y el diseño de un único modelo de atención integral al advertir divergencias y contradicciones en los dispositivos antes señalados[94/95], todavía no se ha emitido una norma única en el sector salud.

A ello debemos agregar que las referidas normas del Ministerio de Salud han quedado desfasadas, no sólo por la emisión de distintos dispositivos legales internos –como la Ley No. 30364 y el "Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021"– sino porque en el año 2013 la Organización Mundial de la Salud ha brindado una serie de

[94] Defensoría del Pueblo, *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 003-2013-DP/ADM. Balance sobre el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015,* Lima: Defensoría del Pueblo, 2013, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-003-2013-DP-ADM.pdf

[95] Defensoría del Pueblo, *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 003-2016-DP/ADM. Derecho a la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual,* Lima: Defensoría del Pueblo, 2016, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-N-003-2016-Derecho-a-salud-de-mujeres-victimas.pdf

directrices para atender casos de violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer, las cuales son de suma importancia por haber sido elaboradas por un grupo de expertos en base a pruebas científicas[96]. Así, los especialistas señalaron que para brindar una adecuada respuesta a un problema de violencia de género, los establecimientos de salud debían de cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos: que los proveedores de salud estuviesen capacitados para realizar las preguntas adecuadas sobre la violencia, que la consulta se desarrolle en un lugar privado, que se garantice la confidencialidad, contar con un sistema de referencia que asegure que las mujeres puedan acceder a los servicios necesarios, que los centros de salud estén preparados para hacer frente a las consecuencias de la salud física y mental de las mujeres víctimas de abuso sexual[97].

B. En los operadores del sistema de justicia

Según los resultados del Informe No. 063-2017-DP/ADM de la Adjuntía de la Mujer de la Defensoría del Pueblo[98], de ciento treinta y un (131) dependencias policiales de las regiones de Arequipa, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Moquegua, Puno y San Martín a las que se les aplicó una ficha de supervisión de la Defensoría, el 32% respondió que cualquier efectivo policial atendía los casos de violencia de género, no necesariamente personal capacitado y especializado. El principal motivo invocado por los entrevistados para esa situación era la falta de apoyo de la propia institución, seguido de una falta de presupuesto.

En efecto, pese a que la Policía Nacional del Perú es la institución a la que más acuden las víctimas de violencia para interponer su denuncia y es la encargada de ejecutar las medidas de protección, "algo que sigue fallando es la poca o nula capacitación e implementación logística necesaria a los policías para la atención en el marco de la nueva norma, especialmente para llevar a cabo los procedimientos de ejecución de las medidas de protección"[99].

La poca o escasa asignación de recursos aunado a la falta de capacitación hace que las medidas de protección no sean más que meros actos declarativos, sin eficacia alguna. Esto se evidenció con mayor claridad en el "Informe de Supervisión de Comisarías de la Región

[96] Ídem.

[97] Organización Mundial de la Salud, *Informe de la OMS destaca que la violencia contra la mujer es 'un problema de salud global de proporciones epidémicas'*, 20 de junio de 2013, disponible en: http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2013/violence_against_women_20130620/es/

[98] Defensoría del Pueblo. *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 063-2017-DP/ADM. La Ley N° 30364, la Administración de Justicia y la Visión de las Víctimas*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2017, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-N-063-2017-DP-ADM.pdf

[99] HOYOS, J., "La Capacidad Estatal de la Dirección de Lucha Contra la Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú en el año 2015", Tesis para optar el grado académico de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/10157/NICOLAS_HOYOS_JOHN_CAPACIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Lima en el marco de la Ley No. 30364", elaborado por la congresista de la República Indira Huilca, quien luego de realizar visitas inopinadas en doce Comisarías de Lima Metropolitana determinó que: i) en ninguno de los establecimientos policiales se advertía un procedimiento que garantice la adecuada ejecución de las medidas de protección a favor de las víctimas; ii) los efectivos policiales no percibían las medidas de protección como una atención operativa policial disponible las 24 horas del día sino como constancias o documentos que se gestionan en horario administrativo; iii) no existían un mapa de ubicación de los domicilios de las mujeres con medidas de protección, ni se conocía el número exacto de éstas por considerarse que es un tema estadístico; iv) ninguna Comisaría contaba con un canal de comunicación especial para las mujeres con medidas de protección disponible las 24 horas; no existían patrulleros suficientes para una intervención operativa[100].

Es por esta razón que una de las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en el Informe No. 063-2017-DP/ADM estuvo dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas, para que dotara de un presupuesto adecuado a la Policía Nacional del Perú a fin de brindar un servicio de calidad a las mujeres víctimas de violencia.

Pese a esta recomendación, hasta el día hoy no hay un cambio significativo, pues, en julio de 2018 la Oficina Defensorial de Lambayeque tras supervisar nueve (09) Comisarías de esa región detectó que éstas no cumplían de manera efectiva sus obligaciones de registro y ejecución de las medidas de protección dispuestas a favor de las víctimas. Una de las razones de este problema era la escasa disposición de efectivos policiales. Por ejemplo, Ferreñafe tenía tres (03) policías asignados para trescientos sesenta y tres (363) medidas de protección; la Comisaría del Norte tenía dos (02) policías para quinientos quince (515) medidas; La Victoria tenía cuatro (04) policías para doscientos cuarenta y dos (242) medidas; César Llatas tenía tres (03) policías para ciento veintiocho (128) medidas; José Leonardo Ortiz tenía un (01) policía para ciento cuatro (104) casos; Lambayeque tenía cuatro (04), para treinta y tres (33) medidas de protección; y las ciudades de Motupe, Olmos y Oyotún no contaban con algún efectivo policial asignado, pese a tener medidas de protección que ejecutar[101].

Esta supervisión se produjo luego que Dilma Suárez fuera asesinada por su ex pareja sentimental, Rony Prada, pese a que había interpuesto una serie de denuncias contra su agresor y contaba con dos medidas de protección emitidas por el Juzgado Mixto de Ferreñafe[102].

---

[100] HUILCA FLORES, I., *Informe de Supervisión de Comisarías de la Región Lima en el marco de la Ley No. 30364,* Lima: Congreso de la República, 2017, https://es.scribd.com/document/343658355/NiUnaMenos-Supervision-de-Comisarias-Lima#download&from_embed

[101] Defensoría del Pueblo, "Nota de Prensa No.257/OCII/DP/2018: en al menos 9 comisarías de Lambayeque, víctimas de violencia familiar en peligro por falta de aplicación efectiva de medidas de protección", 19 de julio de 2018, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/NP-257-18.pdf

[102] VEGA, Y., "Lambayeque: Policía no garantiza la vida de las víctimas con medidas de protección", *La República*, 20 de julio de 2018, disponible en: https://larepublica.pe/sociedad/1281693-policia-garantiza-vida-victimas-medidas-proteccion

Por otro lado, el Informe No. 063-2017-DP/ADM de la Defensoría del Pueblo concluyó que de la supervisión realizada a los Jueces de Familia el 57% no consideraba que los Juzgados de Familia –o sus equivalentes– se encontrasen en capacidad de otorgar las medidas de protección y las medidas cautelares a favor de las víctimas de violencia en el plazo de setenta y dos (72) horas. Entre las principales razones de dicha situación resaltaron la escasez de material humano y logístico, además que era un plazo excesivamente corto tomando en cuenta la carga procesal que tenían y el examen minucioso que debían de realizar.

Como correlato de ello, el 31,4% de Juzgados evaluados sostuvo que la audiencia oral donde se dictan las medidas de protección o cautelares no se realiza dentro de las setenta y dos (72) horas de recibida la denuncia; un 40% de Juzgados señalaron que sí cumplían con el plazo; y un 25,7 % señaló que todo dependía de la complejidad del caso. El principal motivo indicado para el incumplimiento del plazo fue la excesiva cantidad de casos, seguido de la demora para recibir los resultados de los exámenes practicados.

Una vez más, la falta de presupuesto vuelve a ser una de las razones primordiales para la ineficacia de las disposiciones contenidas en la Ley No. 30364 y, por ende, para la protección de la víctima.

Ahora bien, según se desprende del Informe No. 063-2017-DP/ADM, el 38,9% de los efectivos policiales y el 51% de los operadores judiciales consideren que existen algunos casos de violencia que podrían ser resueltos entre las partes a través de una conciliación; como si se trataran de partes semejantes, con equilibro de poder para realizarse concesiones recíprocas. En esa misma línea, el 86,6% de los policías y 82,9% de los Jueces señalan que el motivo principal del abandono del proceso por parte de las víctimas era una reconciliación con el agresor. Contrariamente a lo señalado por los operadores de justicia, de las entrevistas mantenidas con las usuarias del sistema un 43% sostuvo que el principal motivo de abandono son las amenazas del agresor y un 63% de usuarias descartó que exista alguna situación de violencia que pueda ser resuelta por conciliación con la pareja. Esto demuestra que otro de los obstáculos para la adecuada implementación de un sistema de protección a las víctimas de violencia de género son los prejuicios de los operadores de justicia altamente arraigados en una concepción machista del problema de la violencia de género, como si éste se tratara de un problema que sólo incumbe a la pareja y, por tanto, que tendría que ser resuelto dentro del hogar.

4.3. Responsabilidad del Estado peruano por una deficiente diligencia para prevenir el feminicidio

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Perú de 24 de julio de 2014, mostró su preocupación por “el alto grado de impunidad de los

agresores en los casos de violencia contra la mujer y el incumplimiento por el Estado parte de sus obligaciones dimanantes del artículo 2 de la Convención en el sentido de prevenir, investigar, perseguir y castigar los actos de violencia"[103].

Cuatro años después de esa advertencia, se podría decir que Perú ha avanzado en la lucha contra las formas más comunes de violencia que se ejercen contra la mujer: la psicológica, la física y la sexual. Los índices mostrados con anterioridad, son una clara muestra de que la violencia ejercida hacia las mujeres alguna vez unidas, por parte de sus parejas, ha disminuido a partir del 2014: la violencia psicológica ha disminuido en 5.9%, la física en un 1.7% y la sexual en un 1.4%.

Sin embargo, no ha sucedido lo mismo en los temas de feminicidio los cuales se han incrementado de manera significativa. Más aún, el Estado peruano ha incurrido en responsabilidad internacional en los casos en los que las víctimas denunciaron a su agresor y no recibieron una medida de protección oportuna o habiéndola recibido, ésta no fue eficaz ya que no evitó su feminicidio o tentativa de feminicidio.

Al haber suscrito y ratificado la Convención de Belém do Pará, según los alcances del artículo 7°, el Estado peruano se comprometió a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que hubiese sido sometida a violencia, lo cual incluía medidas de protección. Pese a ello, no viene cumplimiento con esta obligación internacionalmente asumida puesto que existen una serie de casos en los que no ha impedido el feminicidio de mujeres que solicitaron protección ante los órganos jurisdiccionales.

Con este comportamiento negligente, el Estado peruano también ha quebrantado los artículos 4° y 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que por su condición de garante de los derechos consagrados en ésta, el Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida e integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia[104]. En efecto, a partir de la Sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte Interamericana de Derecho Humanos estableció que los actos de violencia contra la mujer se enmarcaban en el artículo 5° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual debía de ser interpretado a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ya que este instrumento complementa "el *corpus*

[103] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones Finales sobre…* op. cit.

[104] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala respecto al deber de garante del Estado: "De estas obligaciones generales (obligaciones *erga omnes*, de respetar y hacer respetar, entiéndase garantizar, las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos) derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. […] los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia del 6 de abril de 2006.

juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana"[105/106].

Si bien un acto violatorio de derechos humanos cometido por particulares no puede serle imputado a un Estado, sí podría conllevar su responsabilidad internacional, no por el acto en sí, sino por la ausencia de una debida diligencia para prevenir dicho hecho, tal como se estableció en la Sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: "Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"[107].

Similar a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Osman vs. Reino Unido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el deber de prevención tiene tres elementos concurrentes: i) el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato, ii) un individuo o grupo de individuos determinados que corran el riesgo, y iii) posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación de ese riesgo[108]. A este los requisitos los doctrinarios denominan la doctrina del riesgo previsible y evitable[109].

Más aún, en el caso de las mujeres la Corte Interamericana señala que además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana de Derechos Hu-

[105] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Penal Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

[106] Anteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe No. 54/01, caso María da Penha, de 16 de abril de 2001, ya había invocado la Convención de Belém do Pará, para concluir que "dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores […] no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes".

[107] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

[108] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

[109] BALLESTEROS MOYA, V., "La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional", Tesis doctoral, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3793/TESIS%20Ballesteros%20Moya.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y

manos, los Estados tienen una obligación reforzada de prevenir la violencia a partir de la Convención de Belém do Pará, por ende, éstos deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres, implementando un adecuado marco jurídico de protección, aplicando efectivamente el mismo, instaurando políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Del mismo modo, frente a situaciones específicas en las que sea evidente que determinada mujer pueda ser víctima de violencia, los Estados deben adoptar medidas preventivas[110].

Acorde a ello, en sentencias posteriores la Corte Interamericana agregó otro criterio para determinar el cumplimiento del deber de prevención de parte del Estado: si ante las posibilidades de consumación del riesgo, se concretó la diligencia debida con medidas o acciones para evitar la lesión de los derechos de la víctima[111]. De tal modo, se reconfiguró el deber de prevención en casos de violencia de género[112].

Analizando la situación de Perú se observa que el Estado sí implementó un adecuado marco jurídico de protección a través de la Ley No. 30364, el cual cuenta con una serie de políticas e instrumentos de prevención. Sin embargo, en el plano práctico, estos mecanismos no están siendo ejecutados a cabalidad, tal como lo demuestra el Informe No. 063-2017-DP/ADM de la Adjuntía de la Mujer de la Defensoría del Pueblo y el "Informe de Supervisión de Comisarías de la Región Lima en el marco de la Ley No. 30364" elaborado por la congresista de la República Indira Huilca, ya analizados.

En esa línea, procederemos a analizar si en los casos peruanos de feminicidio o tentativa se cumplieron los estándares del deber de prevención para casos de violencia de género construidos jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

a) El Estado peruano sí tenía conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato que corrían las mujeres que fueron víctimas de feminicidio en grado consumado o en tentativa.

Recordemos que en el 2016, dieciséis (16) de las víctimas de feminicidio habían interpuesto una denuncia contra su agresor ante la Policía Nacional del Perú, la Fiscalía o el Juzgado. Así también lo habían hecho ciento noventa y dos (192) de las mujeres que después fueron víctimas de tentativa de feminicidio. En el año 2017, veinticuatro (24) de las víctimas de feminicidio denunciaron previamente a su agre-

[110] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

[111] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 200.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

[112] VOGELFANGER, A., "El deber de prevención en casos de violencia de género: Desde 'Campo Algodonero' hasta 'Veliz Franco'", en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad,* n° 9, 2015, pp. 49-66, disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2802/1533

sor, al igual que ciento noventa y cuatro (194) de las que, posteriormente, sufrieron tentativa de feminicidio.

Si bien se podría replicar que una denuncia no es una clara muestra de un riesgo real y concreto, ya que podría ser interpuesto con un fin perverso, se debe tener en cuenta que los operadores del sistema de justicia están obligados a llenar una Ficha de Valoración del Riesgo cuando reciben la denuncia que precisamente sirve para evaluar las circunstancias de la denunciante.

Además, del universo de mujeres que interpusieron una denuncia los años 2016 y 2017 antes de ser víctimas de feminicidio –en grado consumado o de tentativa–, hubo cuarenta y seis mujeres que lograron una medida de protección, es decir, presentaban un riesgo elevado. No obstante, pese a ello, su agresor pudo atacarlas muchas veces logrando su cometido: matarlas.

b) Se había individualizado plenamente a las mujeres que corrían el riesgo, pues, al momento de la denuncia se llenaron sus datos en la Ficha de Evaluación del Riesgo.

c) El Estado peruano tenía posibilidades razonables de prevenir o evitar la consumación de ese riesgo, ya que cuenta con una serie de medidas de protección que con una adecuada ejecución podrían preservar a las mujeres de cualquier acto de violencia de género. Algunas de estas medidas son: la orden a alejamiento, el ingreso a un Hogar de Refugio Temporal, el retiro al agresor de la vivienda, la prohibición de acercarse a los lugares frecuentados por la víctima, entre otros.

d) El Estado peruano no adoptó ninguna medida o acción para evitar la lesión de los derechos de las víctimas, lo cual conllevó a su feminicidio o tentativa de feminicidio.

Si bien cuarenta y seis (46) mujeres lograron una medida de protección en el 2016 y 2017, ésta no habría sido ejecutada de manera eficiente, pues, en diversas evaluaciones realizadas a los miembros de la Policía Nacional del Perú, se encontraron serias deficiencias en la implementación de las medidas de protección. Es más, ninguno realizaba el seguimiento de las víctimas de manera íntegra y algunos creían que las medidas eran simples documentos que se gestionaban en horario de oficina y no como una operativa disponible las 24 horas del día.

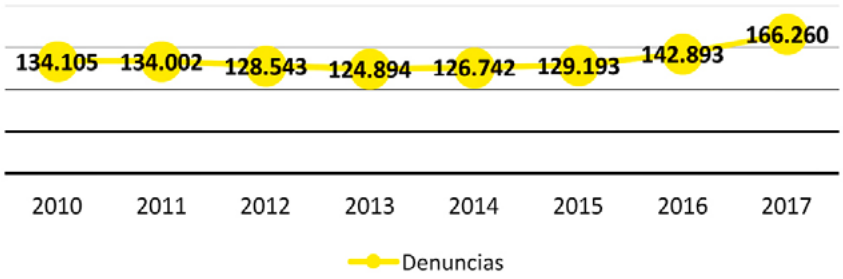
Por todo lo expuesto, podemos concluir que el Estado peruano tiene responsabilidad por incumplir sus obligaciones internacionalmente asumidas, de garantizar el derecho a la vida e integridad personal de las mujeres que fueron víctimas de feminicidio –en grado consumado o en tentativa– al no prevenir, de manera efectiva, la agresión que sufrieron. Los ejemplos más relevantes de esta situación son los casos de Maribel Tenorio, Marysella Pizarro y Dilma Suárez, mujeres a quienes el Estado no pudo proteger pese otorgarles –en teoría– medidas de protección, las cuales nunca se desplegaron de manera diligente ni efectiva.

5. Posibles soluciones a partir de la experiencia española en el tratamiento de la violencia de género

El 28 de diciembre de 2004 se emitió en España la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, instrumento integral de carácter multidisciplinario que tiene por finalidad alcanzar una cobertura total de las principales necesidades de la víctima de violencia (educativo, publicitario, sanitario, asistencial y judicial)[113].

A continuación mostraremos los índices de violencia contra la mujer, en España, a partir del año 2010, para determinar cuál es la tendencia al día de hoy[114].

Denuncias por violencia de género en España



Como se aprecia en el gráfico, las denuncias por violencia de género se han incrementado considerablemente durante los años 2016 y 2017, mientras que en el primer cuatrimestre del 2018 se han interpuesto un total de treinta y nueve mil quinientos ochenta y seis (39,586) denuncias[115].

El incremento de denuncias por violencia de género, podría tener cualquiera de las siguientes explicaciones: que se ha incrementado la violencia hacia las mujeres –en la Memoria de la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal a lo largo del año 2016, se mostraba la preocupación por el incremento de la violencia de género digital[116]–, o que más mujeres deciden interponer una denuncia ante un acto de violencia de parte de su pareja –recordemos que la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015 concluyó

[113] SALVADOR, R., *Violencia de género en España, Francia, Reino Unido e Italia: ¿Un concepto global?*, 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2015.

[114] Figura 5. Fuente: http://www.poderjudicial.es. Elaboración: Propia

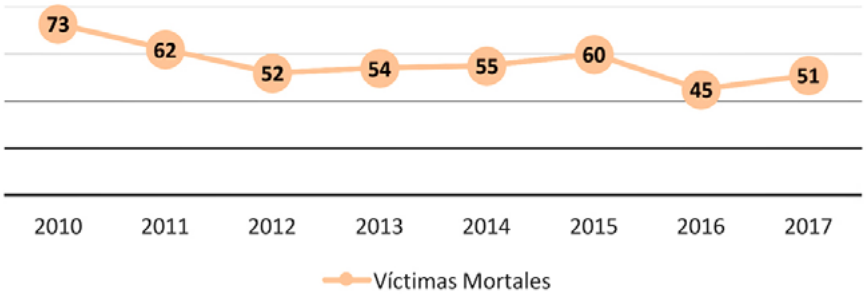
[115] Poder Judicial de España, "La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Primer trimestre de 2018", disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Primer-trimestre-de-2018

[116] Ministerio Fiscal, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado – 2017,* disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS17.pdf

que existía un 65% de mujeres que no acudía a ningún lugar a informar o denunciar haber sufrido violencia física, sexual o miedo de alguna de estas[117]–.

En contraste con el incremento de denuncias, los índices de feminicidio, a partir del 2010, han disminuido ligeramente, tal como se observa en el siguiente gráfico[118]:

Víctimas mortales de género en España



Cabe precisar que al 30 de agosto de 2018, se han reportado 29 casos de mujeres víctimas mortales de la violencia de género[119].

Pese a que las cifras de violencia contra la mujer no han disminuido de manera significativa en España, a lo largo del tiempo existen importantes instrumentos normativos y sistemas que se podrían aplicar en Perú para logra una integral protección y prevención de la mujer frente a los actos de violencia, los cuales se procede a detallar:

5.1. En el ámbito penal

— Delito de acoso o *stalking*: A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se tipificó el delito de *stalking* en el en el artículo 172° ter. del Código Penal español. En líneas generales, el delito de *stalking* (cuyo nombre proviene del verbo inglés *stalk*: acechar) viene a ser la intromisión obsesiva y persistente en la vida de una persona, quien rechaza algún tipo de relación con el sujeto que lleva a cabo los actos de vigilancia y acecho[120].

[117] Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf

[118] Figura 6. Fuente: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es. Elaboración: propia

[119] Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/VMortales_2018_08_29_bis.pdf

[120] ZBAIRI PARDILLO, N., "El delito de stalking desde una perspectiva de género", Trabajo de fin de grado, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/190859/

Para que se configure el delito de *stalking* se requiere la alteración grave en el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Las modalidades de este delito podrían ser: la vigilancia o persecución para tener cercanía física; el establecimiento –o intento– de contacto a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; el empleo indebido de los datos personales de la víctima, la adquisición de productos o mercancías a su nombre, la contratación de servicios a su nombre y todo mecanismo para que terceras personas se pongan en contacto con ella; el atentado contra la libertad de la víctima o su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

La doctrina señala como modalidades más comunes del *stalking*: el acoso cibernético (se emplean las tecnologías de la comunicación y el internet), *mobbing* (acoso psicológico en el trabajo), *bullying* (comportamiento agresivo y repetitivo para causar malestar a alguien), *blockbusting* (acoso inmobiliario) y *sexting* (envío de mensajes de texto con imágenes de contenido sexual)[121].

Se tendría que tipificar un delito de *stalking* en Perú, pues muchos actos de violencia de género o incluso el feminicidio vienen precedidos de un comportamiento de acecho de parte del sujeto activo. Además, este comportamiento es lesivo en sí mismo toda vez que restringe la libertad de la víctima, no permitiendo su desenvolvimiento normal dentro de la sociedad.

— El delito de acoso sexual: Este delito se encuentra tipificado en el artículo 184° del Código Penal español. A través de aquél se reprimen dos comportamientos: i) el solicitar favores de naturaleza sexual en el ámbito de una relación laboral –o cualquier prestación de servicios– o docente; ii) el chantaje sexual, entendido como la proposición de carácter sexual prevaliéndose de una situación de jerarquía o a cambio de evitar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima[122].

El delito de acoso sexual en el ámbito laboral o docente se diferencia del *stalking*, en que aquél necesita para su configuración el requerimiento de favores de carácter sexual, con lo que se estaría vulnerando la libertad sexual; mientras que éste protege principalmente, la libertad personal ya que se afecta el proceso de formación de la voluntad de la víctima por el sentimiento de temor o angustia que produce el continuo acecho: la víctima cambia de número telefónico, de lugar de residencia, de hábitos, de horarios, entre otros[123].

Si queremos proteger a la mujer de cualquier tipo de conducta que atente contra su libertad, también se debeíra incluir el delito de acoso sexual laboral en la legislación peruana. No es posible que este tipo de actos se regulen sólo por una ley laboral, con sanciones

TFG_nzbairipardillo_1.pdf

[121] Ídem.

[122] HORCAJO, M. y JUNCÀ PUJOL, A., "El acoso sexual en el deporte: el caso de las estudiantes-deportistas del grado de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte de Cataluña", en Apunts. *Educación Física y Deportes*, n°. 115, 2014, pp. 72-81, disponible en: https://search-proquest-com.biblioteca5.uc3m.es/docview/1520762522/fulltextPDF/2E06A958C7824619PQ/1?accountid=14501

[123] BOLDÓ, G., "El delito de hostigamiento y su evolución jurisprudencial", en *Revista de Derecho vLEx*, n° 165, 2018, pp. 16-21.

administrativas y/o laborales, que están a cargo de la propia entidad, la cual no necesariamente va a ser imparcial al momento de sancionar a un alto directivo o funcionario. La visibilización de la violencia de género implica reconocer que estos actos no son asuntos privados, sino que tienen que ser perseguibles y sancionados por un organismo público.

5.2. En los mecanismos de prevención y atención

— Formación especializada de los operadores de justicia: La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su artículo 47° ha establecido como obligación del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial y de las Comunidades Autónomas la formación especializada en materia de violencia de género, igualdad y no discriminación por razón de sexo, a los Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forense que intervienen en la atención de las víctimas de violencia de género. En ese entendido, desde el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial a través del Servicio de Formación Continua realiza cursos obligatorios *online* y prácticos de formación en temas de violencia de género, antes de la toma de posesión de la judicatura[124].

En Perú, si bien a través del Decreto Legislativo No. 1368 se dispuso la creación de Juzgados, Salas y Fiscalías especializadas en violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, se debería prescribir la formación o capacitación especializada de estos operadores de justicia –lo cual incluye a las demás instituciones que intervienen en la atención de víctimas: Policía Nacional del Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables– en materia de violencia de género para que puedan entender a profundidad la problemática de esta forma de violencia, sus causas, sus consecuencias y el ciclo de violencia. Dicha capacitación tendría de realizarse antes de que los operadores de justicia tomen posesión de su cargo y debería incluir el fomento de aptitudes y sensibilidades, con miras a modificar cualquier tipo de estereotipo en contra de las víctimas y su relación con el agresor. Sólo así se podrá brindar un servicio óptimo y oportuno, pues recordemos que muchos de los operadores no actúan de manera pronta al considerar que éste es un problema de pareja que puede ser resuelto en la intimidad.

— Sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento: El artículo 64° de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género instauró como medidas de protección: la salida del agresor del domicilio común con la víctima; el alejamiento, para que el agresor no se aproxime a cualquier

[124] MORENO CUERVA, L., "La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación", Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016, disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399167/lpmc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

lugar donde se encuentre la víctima (su domicilio, su trabajo, lugares frecuentados por ella); y la suspensión de las comunicaciones.

Ahora bien, para la medida de alejamiento se abrió la posibilidad del empleo de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de manera rápida su incumplimiento. A partir de ello, se implementó un sistema de vigilancia por medio de dispositivos electrónicos que permite determinar los movimientos del denunciado en cualquier espacio y tiempo para asegurar la protección de la víctima[125].

Este sistema de seguimiento está compuesto por dos dispositivos para el inculpado –un transmisor de radio frecuencia y una unidad móvil para el rastreo de GPS– y uno para la víctima –unidad móvil con receptor de posición GPS–, de tal manera que se genera una alarma cuando la distancia entre inculpado y víctima es menor a la establecida por el órgano jurisdiccional en la orden de alejamiento[126].

Sería de suma utilidad la aplicación de este sistema en Perú para los casos de alto riesgo, pues permitirían monitorizar la ubicación del inculpado y actuar de manera oportuna ante cualquier intento de agresión hacia la víctima. Ahora, si bien es verdad que uno de los principales problemas de la eficacia de las medidas de protección en Perú es la falta de asignación de recursos logísticos y económicos, la instauración de un sistema de vigilancia telemática, a la larga, podría ser menos costoso, pues, no sería necesaria una visita inopinada de los efectivos policiales. Además, este gasto no tiene punto de comparación con las vidas que se podrían salvar[127] y con todo el gasto que representa para el Estado la muerte de un ciudadano (piénsese, por ejemplo, en los recursos que se emplean en un proceso penal).

Sin perjuicio de lo señalado, la implementación de este tipo de sistema contribuiría al normal desenvolvimiento de la vida de la víctima, pues, por ejemplo, la opción de los Hogares de Refugio Temporal –algunas veces– puede perjudicar el trabajo y ritmo de vida de las mujeres acogidas al no permitírseles la salida más que para diligencias judiciales u otras cuestiones relacionadas al proceso por violencia de género.

---

[125] ARENAS GARCÍA, L., "La eficacia de la vigilancia electrónica en la violencia de género: análisis criminológico", en *International e-Journal of Criminal Sciences*, n° 10, 2016, pp. 1-106, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5726413.pdf

[126] Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, *IX Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2015,* disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/informes/IX_Informe2015_Capitulos.htm

[127] ARENAS GARCÍA, L. "La eficacia de la vigilancia...", op. cit. señala respecto a la aplicación de medios telemáticos en España: "se constata que la tecnología posee un gran potencial para disuadir el ataque mientras que otorga un sentimiento de protección y seguridad a la víctima. La medida también es eficaz para detener potenciales ataques pues no se ha dado un solo caso de víctima mortal con dispositivos y ha conseguido frenar intenciones homicidas de agresores que han quebrantado el área de exclusión".

6. Conclusiones

1. Al suscribir y ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención de Belém do Pará", el Estado peruano se comprometió a adoptar políticas adecuadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, lo cual implica por un lado, abstenerse de realizar de cualquier práctica violenta contra la mujer y, por el otro, adoptar procedimientos legales, justos y eficaces, para sancionar a sus agresores, conminarlos a no volver a incurrir en actos violentos y protegerla de cualquier agresión de particulares.

Ahora bien, pese a que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –también suscrita y ratificada por el Estado peruano–, no establece ningún precepto respecto a la violencia de género, la mujeres no podrán alcanzar el goce pleno de sus derechos y libertades fundamentales en un ambiente hostil que las trata como inferiores y que justifica la violencia que se ejerce sobre ellas. Es por ello que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en una de sus recomendaciones, sostuvo que un Estado podía ser responsable de las violaciones de los particulares si no adoptaba medidas con la diligencia debida para impedir la violación de derechos, castigar estos actos e indemnizar a las víctimas.

2. La principal norma contra la violencia de género en Perú, es la Ley No. 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, emitida en noviembre de 2015. A través de esta Ley y su Reglamento, se establecieron una serie de mecanismos, políticas y medidas para atender a las víctimas de esta forma de violencia, perseguir, reprimir y reeducar a los agresores y conseguir la reparación del daño. Ahora bien, para que se diera cumplimiento a lo dispuesto se creó el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar conformado por diversas instituciones públicas de todos los niveles de gobierno.

Asimismo, la Ley No. 30364 instauró un nuevo proceso especial de tutela para las víctimas mucho más célere a través del cual cualquier mujer o integrante del grupo familiar puede solicitar una medida de protección –como el retiro del agresor del domicilio, el impedimento de acercamiento o proximidad, la prohibición de comunicación, la prohibición de acercarse a lugares frecuentados por la víctima, entre otros–, al Juez de Familia o su equivalente, quien deberá resolver en un plazo de setenta y dos horas. La ejecución y seguimiento de las medidas de protección es responsabilidad de la Policía Nacional del Perú.

3. Desde la promulgación de la Ley No. 30364, los índices de violencia contra las mujeres por parte de sus parejas no han disminuido significativamente, aunque tiende a la baja: de un 67.4% de mujeres que sufría violencia psicológica-verbal, en el 2015, ha disminuido a un 61.5% en el 2017; de un 31.7% que sufría violencia física en el

2017, ha pasado a un 30.6% en el 2017; de un 7.9% que sufría violencia sexual, ha disminuido a un 6.5%.

En lo que va del año 2018 (enero a julio), el Centro Emergencia Mujer ha atendido a treinta mil quinientos nueve (30,509) mujeres, independientemente de su edad, por violencia psicológica o verbal; a veinticuatro mil quinientos treinta (24,530), por violencia física; y, a seis mil doscientos cinco (6,205), por violencia sexual. De estas cifras, el 61% de violencia psicológica-verbal se produce en la pareja, el 37% se produce en la familia (padres, hermanos, otros) y el 3% la produce una persona sin vínculo alguno; en cuanto a la violencia física, el 68% proviene de la pareja; el 29% proviene de la familia y el 2% proviene de un extraño; respecto a la violencia sexual, el 14% proviene de la pareja; lamentablemente, el 38% proviene de la familia y el 48% proviene de un extraño. Si continúa la tendencia de estas cifras es probable que los índices de años anteriores sean superados.

4. En cuanto a los índices de feminicidio, con preocupación se observa que éstos han aumentado a partir del año 2015: de noventa y cinco (95) casos de feminicidio en el 2015, se computaron ciento veinticuatro (124) en el 2016 y ciento veintiuno (121) en el 2017. Del universo de víctimas de feminicidio en el 2016, solo una (01) había logrado una medida de protección, mientras que otras quince (15) habían interpuesto una denuncia. Por su parte, el 2017, solo una (01) logró una medida de protección, mientras que otras veintitrés (23) denunciaron el hecho. Esta realidad permite inferir que la Ley No. 30364 no se está aplicando con la rapidez y rigurosidad esperadas, de lo contrario, más víctimas hubiesen podido lograr una medida de protección oportuna y eficaz.

La situación se muestra peor respecto a las mujeres que sufrieron tentativa de feminicidio: en 2015, se reportaron ciento noventa y ocho (198) intentos de feminicidio; en 2016, doscientos cincuenta y ocho (258); y en 2017, doscientos cuarenta y siete (247). De las víctimas contabilizadas en el 2016, treinta y dos (32) tenían medidas de protección y otras ciento sesenta (160) habían interpuesto una denuncia. Mientras que en el 2017, doce (12) habían logrado medidas de protección y otras ciento ochenta y dos (182) habían denunciado alguna agresión previa. Por estos índices podemos deducir que las medidas de protección a favor de las víctimas no están siendo ejecutadas de manera eficaz.

5. Las principales deficiencias detectadas en el sistema contra la violencia de género instaurado en Perú son: la ausencia de un tipo penal que criminalice todo acto de hostigamiento o acoso sexual contra las mujeres, la falta de uniformización de las normas del sector salud que permitan instaurar un único modelo de atención integral para las víctimas de violencia de género y –sobre todo– la poca asignación de recursos a los efectivos policiales encargados de la ejecución de las medidas de protección, lo cual tiene relación con la escasa capacitación que han recibido.

Respecto de esta última deficiencia, sendos informes de la Defensoría del Pueblo y de una Congresista de la República demuestran que las medidas de protección a favor de las víctimas de violencia de género no se están ejecutando de manera adecuada. Más aún, los efectivos policiales consideran que tales medidas son meros documentos, que se tramitan

en horarios de oficina, y no así mecanismos operativos para estar alertas las veinticuatro (24) horas del día y actuar de manera oportuna ante alguna amenaza contra la beneficiaria.

6. Si bien los delitos de feminicidio cometidos por particulares no pueden ser imputados al Estado peruano, sí acarrean su responsabilidad internacional por no haber actuado con una debida diligencia para prevenir dichos actos.

En efecto, pese a que el Estado peruano tuvo conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato que corrían algunas mujeres que interpusieron una denuncia contra su agresor o recibieron –en documento– una medida de protección, no adoptó una medida eficiente o desplegó una acción idónea para evitar el feminicidio de aquéllas –en grado consumado o de tentativa–, lo cual conlleva a su responsabilidad internacional por la violación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

La ineficacia en la ejecución de medidas de protección a favor de las víctimas sería responsabilidad de la Policía Nacional del Perú que no está capacitada ni tiene conocimiento del real alcance de las políticas de la Ley No. 30364 y no cuenta con los recursos idóneos para hacer frente a la violencia de género.

7. Existen, por lo menos cuatro mecanismos empleados en España que se podrían aplicar en Perú para lograr una protección integral de la mujer frente a actos de violencia de género: i) la tipificación del delito de *stalking*, para reprimir aquellos actos obsesivos que restringen la libertad de las mujeres y a la vez adelantar la barrera de punición de un delito de feminicidio; ii) la tipificación del delito de acoso sexual laboral, para proteger a la mujer en todos los ámbitos en los que se desenvuelva y visibilizar la violencia de género como un problema que nos atañe como sociedad; iii) la formación especializada de los operadores de justicia en materia de violencia de género, para entender la magnitud del problema y corregir estereotipos que impidan una atención adecuada y oportuna de las víctimas; y, iv) la implementación de un sistema de seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento, lo cual podría evitar –de manera eficaz y oportuna– el acercamiento del agresor a la víctima.

7. Bibliografía

ARENAS GARCÍA, L., "La eficacia de la vigilancia electrónica en la violencia de género: análisis criminológico", en *International e-Journal of Criminal Sciences*, n° 10, 2016, pp. 1-106, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5726413.pdf

ARIAS, F., "Aproximación a la violencia de género desde una perspectiva psicológica", en SOLETO MUÑOZ, H., (Ed.) *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Madrid: Dykinson, 2015.

BALLESTEROS MOYA, V., "La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional", Tesis doctoral, To-

ledo: Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3793/TESIS%20Ballesteros%20Moya.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BOLDÓ, G., "El delito de hostigamiento y su evolución jurisprudencial", en *Revista de Derecho vLEx*, n° 165, 2018, pp. 16-21.

BOSH FIOL, E., y FERRER PÉREZ, V., "La violencia de género: de cuestión privada a problema social", en *Intervención Psicosocial,* 9, n° 1, 2000, pp. 7-19, disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=179818244002

CAGIGAS ARRIAZU, A., "El patriarcado como origen de la violencia doméstica", en *Monte Buciero*, n° 5, 2000, pp. 307-315, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=206323

Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *Informe sobre el presupuesto asignado a: el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 (PNCVG), el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018 (PNSC) y Plan de Igualdad de Género 2012-2017 (Planing),* Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2017, disponible en: https://es.scribd.com/document/366087492/Informe-Planes-Nacionales

COBO, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, 1ª ed., Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1995.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones Finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú,* 2014, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/PER/CO/7-8&Lang=En

CRISÓSTOMO MEZA, M., *Violencia contra las mujeres rurales: una etnografía del Estado peruano,* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en: http://cisepa.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/06/Mercedes-Cris%C3%B3stomo_-1.pdf

Defensoría del Pueblo, *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 003-2013-DP/ADM. Balance sobre el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015,* Lima: Defensoría del Pueblo, 2013, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-003-2013-DP-ADM.pdf

Defensoría del Pueblo, *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 003-2016-DP/ADM. Derecho a la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual,* Lima: Defensoría del Pueblo, 2016, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-N-003-2016-Derecho-a-salud-de-mujeres-victimas.pdf

Defensoría del Pueblo. *Serie de Informes de Adjuntía – Informe No. 063-2017-DP/ADM. La Ley N° 30364, la Administración de Justicia y la Visión de las Víctimas*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2017, disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-de-Adjuntia-N-063-2017-DP-ADM.pdf

DELGADO-ÁLVAREZ, M; SÁNCHEZ GÓMEZ, M. y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, P., "Atributos y estereotipos de género asociados al ciclo de violencia contra la mujer", en *Universitas Psychologica*, n° 3, 2012, pp. 769-778.

Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú, *Violencia basada en el género. Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*, 1ª ed., Lima: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016.

FACIO, A., "Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas", en *Pensamiento Iberoamericano*, n° 9, 2011, pp. 3-20, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3710875

ODED GRAIZER, "Reflexiones psiquiátricas sobre la violencia de género. ¿Existe un por qué?", en GARCÍA GONZÁLES, N. (Ed.), *Violencia de género: investigaciones y aportaciones pluridisciplinares*, Madrid: Fragua, 2008, pp. 124-133.

HORCAJO, M. y JUNCÀ PUJOL, A., "El acoso sexual en el deporte: el caso de las estudiantes-deportistas del grado de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte de Cataluña", en Apunts. *Educación Física y Deportes*, n°. 115, 2014, pp. 72-81, disponible en: https://search-proquest-com.biblioteca5.uc3m.es/docview/1520762522/fulltextPDF/2E06A958C7824619PQ/1?accountid=14501

HUILCA FLORES, I., *Informe de Supervisión de Comisarías de la Región Lima en el marco de la Ley No. 30364,* Lima: Congreso de la República, 2017, https://es.scribd.com/document/343658355/NiUnaMenos-Supervision-de-Comisarias-Lima#download&from_embed

IBARRA MELO, M. y GARCÍA OTERO, M., "La violencia contra las mujeres: un asunto público", en *La manzana de la discordia,* n.° 2, 2012, pp. 23-34, disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/48519/1/laviolenciacontralasmujeres.pdf

MARENCO MARROCHI, L. e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *A tres décadas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en Centroamérica: avances para las mujeres en zonas rurales e indígenas*, 1ª ed., San José de Costa Rica: Editorama S.A., 2010.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *La violencia contra la mujer, un estudio de derecho comparado,* 1ª ed., Madrid: Dilex, S.L., 2005.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte,* Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/09/DGDOJ-Compendio-Derechos-Humanos.pdf

MORENO CUERVA, L., "La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación", Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2016, disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399167/lpmc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

NICOLAS HOYOS, J., "La Capacidad Estatal de la Dirección de Lucha Contra la

Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú en el año 2015", Tesis para optar el grado académico de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/10157/NICOLAS_HOYOS_JOHN_CAPACIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PARRA UGAZ, M. y VILLALOBOS GALBANI, V., "Análisis del Servicio de Atención Urgente del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual", Trabajo fin de máster, Universidad del Pacífico, 2017, disponible en: http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1664/Maria_Tesis_maestria_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PULEO, A., *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, 1ª ed., Barcelona: Anthropos, 1993.

RAMOS LIRA, L., "La eliminación de la violencia contra la mujer. ¿Una utopía?", en *Salud mental,* n° 1, 2007, pp. 82-86.

RUIZ CARBONELL, R., "La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México", en *Derechos Humanos: temas y problemas*, MAQUEA ABREU, C. y MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, V. (coord.), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 69 -136, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2758/5.pdf

SAUSA, M., "Solo dos casos de acoso sexual se han sancionado desde 2016", en *Perú21,* 8 de mayo de 2018, disponible en: https://peru21.pe/peru/dos-casos-acoso-sexual-han-sancionado-2016-informe-405963?foto=5

SALVADOR, R., *Violencia de género en España, Francia, Reino Unido e Italia: ¿Un concepto global?*, 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2015.

SULMONT, D. y MARTÍNEZ, V., *Roles y Violencia de Género. Reporte comparativo. Nacional urbano rural 2012 y 2016*, Lima: Instituto de Opinión pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, disponible en: http://iop.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/11/PPT-Reporte-Genero-IOP-PUCP.pdf

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J., "Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género", en *Ius et veritas,* n° 18, 1999, pp. 194-198, disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15833/16265

VEGA, Y., "Lambayeque: Policía no garantiza la vida de las víctimas con medidas de protección", *La República*, 20 de julio de 2018, disponible en: https://larepublica.pe/sociedad/1281693-policia-garantiza-vida-victimas-medidas-proteccion

VOGELFANGER, A., "El deber de prevención en casos de violencia de género: Desde 'Campo Algodonero' hasta 'Veliz Franco'", en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad,* n° 9, 2015, pp. 49-66, disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2802/1533

ZBAIRI PARDILLO, N., "El delito de stalking desde una perspectiva de género", Trabajo de fin de grado, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2018/190859/TFG_nzbairipardillo_1.pdf

A) Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia del 6 de abril de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Penal Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Capítulo IV

La declaración del menor víctima/testigo en el proceso penal

Raúl Sánchez Gómez
Profesor de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide

1. Introducción

El Derecho Procesal Penal se dirige hacia la investigación, prueba y enjuiciamiento del hecho delictivo. De esta forma, las partes procesales podrán valerse de los medios de prueba legalmente establecidos para afianzar sus alegaciones, con vistas a obtener una resolución lo más favorable posible a sus intereses. Entre estos medios de prueba figura la declaración testifical, bien de la propia víctima bien de los testigos que, de alguna manera, tuvieron conocimiento del hecho delictivo investigado o enjuiciado. Desde esta perspectiva, conviene delimitar el supuesto de hecho cuyo análisis se pretende, por cuanto no se abordará en el presente estudio los casos en que, tanto víctima, como victimario son menores de edad. Ello nos situaría ante el compromiso de afirmar que otros deben ser los canales de resolución que pudieran plantearse *ex ante*, y excepcionalmente, allí donde deba acudirse, disponer de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Dicho esto, se plantea valorar aquellas especialidades que prevé el proceso penal cuando interactúa con menores de edad, víctimas o testigos.

2. La declaración de la víctima menor de edad en sede de instrucción

La primera especialidad la encontramos en materia de prestación de testimonio por aplicación de la Ley 4/2105, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito[1], específicamente en su art. 26, puesto que en el caso de las víctimas menores de edad […] se

[1] Para un análisis de la evolución normativa en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas, puede consultarse ARROM LOSCOS, "La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2015, núm. 3, pp. 1 a 15.

adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la LECRIM, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes medidas[2]: a) las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECRIM; b) la declaración podrá recibirse por medio de expertos. Casos y condiciones que el propio cuerpo normativo se encarga de diseñar en su Disposición Final Primera, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Dejando a un lado las dudas que pueda plantear la idoneidad del rango normativo utilizado para producir la citada reforma, lo cierto es que se realiza una modificación significativa de las reglas que informan la práctica de las testificales tanto en sede de instrucción como en juicio oral.

En primer lugar, el art. 433 LECrim positiviza una práctica jurisprudencial extendida respecto de la forma en que los menores de edad que ostenten la cualidad de testigos en el marco de una instrucción penal, prestarán su testimonio[3]. Por tanto, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. Resulta ser entonces una opción potestativa[4], según criterio del

[2] Véase MIRANDA ESTRAMPES, "La declaración testifical de los menores víctimas de hechos delictivos", en *Constitución, Ley y Proceso* (González Álvarez, coord.), Ara, imp., Lima, 2013, pp. 447-476; MUÑOZ CUESTA, "La declaración del menor en el proceso penal en especial cuando es víctima de un delito sexual", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 6, pp. 11-19 y VILLACAMPA ESTIARTE, "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, núm. 16, pp. 284-298.

[3] Muestra su preferencia por la ubicación del contenido del precepto en el art. 448 LECrim ARROM LOSCOS, "La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, op. cit., p. 42.

[4] Críticas con dicho carácter se muestran ARROM LOSCOS, "La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, op. cit., p. 42 y CASTELLS GALLART, "El interés superior de la infancia versus el derecho de defensa del acusado: la declaración del menor víctima en la jurisdicción penal", en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, (Villagrasa Alcaide vy Revetllat Ballesté, coords.), Madrid: Bosch, 2009, pp. 1408-1430, aunque en este último caso entiende que entre las facultades del juez figurar la posibilidad de la intervención del Ministerio Público en la prestación del testimonio.

juez y con una finalidad bien definida, esto es, para evitar perjuicios graves al menor se ordena su declaración mediante expertos. Esta modalidad de declaración mediante tercera persona, razonablemente profesionales de los equipos multidisciplinares de la sede judicial correspondiente que llevan a cabo la denominada exploración, al suponer un cambio significativo de las reglas generales que informan la prestación del testimonio, no estará exento de las oportunas alegaciones de contrario por la forma, pero también el contenido, en que dicha exploración se llevó a cabo. Todo ello se producirá con presencia e intervención del Ministerio Público, que garantizará la adecuación de la exploración a la legalidad vigente por cuanto le corresponde tanto velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF) como por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (art. 3.10 EOMF). Por tanto, cabría preguntarse cómo se articula el principio de contradicción en las presentes circunstancias puesto que modificándose la forma de prestar testimonio en tal sentido[5], el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal pudiera limitarse de manera ilegítima. Naturalmente, cabe entender que la satisfacción del derecho de defensa puede medirse conforme las diferentes aristas de que dispone el principio de contradicción a lo largo del proceso penal. En otras palabras, el derecho de defensa se modula conforme al referido principio. De esta forma, el principio de contradicción implica respetar el principio de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses; y de otro lado, garantizar un proceso con todas las garantías (STC 72/1996, de 24 de abril –F. J. 2º–). Como afirma la STC 2/2002, de 14 de enero (F. J. 2º), "por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa". A tal efecto, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que corresponde a los órganos judiciales la función de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción, lo que les impone el deber positivo de evitar desequilibrios o limitaciones en la defensa que puedan causar indefensión (STC 47/1987, de 22 de abril –F. J. 2º–). Y más aún, junto al deber mencionado, evitando desequilibrios entre o para las partes, el principio de contradicción informa la actuación del propio Legis-

[5] Sobre la cuestión, puede consultarse NAVARRO VILLANUEVA, "La protección del testimonio del menor de edad. El valor probatorio de la declaración testifical del menor-víctima realizada en la fase de instrucción", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2009, núm. 3-4, pp. 53 y ss.

lador al contener el art. 24.1 CE un mandato implícito consistente en promover la defensión, "en la medida de lo posible", mediante la correspondiente contradicción (STC 9/1981, de 31 de marzo –F. J. 6º–). Sin embargo, la contradicción, evidentemente, no se desarrolla de igual forma, en todas y cada una de las etapas del proceso penal, dada la posibilidad de contemporizar sus efectos en fase de instrucción[6]. Si bien, es posible advertir la necesidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre los intereses subyacentes en la instrucción penal, en este caso, entre el aseguramiento de la investigación criminal y la articulación del principio de contradicción. Más aún, si se tiene en cuenta que, en ocasiones, la propia dinámica de las actuaciones investigadoras impedirá la articulación de una contradicción simultánea a su práctica. Lógicamente, el hecho de que se produzca una contradicción diferida respecto de la obtención de fuentes de prueba no exime para que, una vez en fase de juicio oral, la práctica de la prueba se rodee de las garantías propias del enjuiciamiento: publicidad, oralidad, inmediación y por supuesto, contradicción. Como sostiene GUZMÁN FLUJA[7], "no es posible garantizar siempre y en todo momento la existencia de una contradicción actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba. Pero es posible afirmar que es o debe ser posible (siempre) un contradictorio diferido sobre la fuente de prueba. Por ello, puede plantearse la idea de que en la instrucción penal no cabe reclamar una vigencia del principio contradictorio que asuma un carácter absoluto y maximalístico, y que determinadas atemperaciones se deben tener en cuenta para armonizar los diferentes intereses presentes en el proceso penal, todos ellos de alcance constitucional. La contradicción en la fase de instrucción puede darse de manera atemperada y puede no ser simultánea a la obtención de la fuente de prueba y es más una garantía de la obtención dialéctica de la fuente de prueba (o una garantía en orden a excluir esa fuente de prueba, o parte de ella, en un momento dado), que un método de generación de una prueba de cargo". Ahora bien incluso en la instrucción penal, la garantía de contradicción debe responder a unos mínimos adecuados para entender que cumple su cometido. Contradicción que se desarrolla en la instrucción penal con un significado y contenido propios, que conviene diferenciar de aquélla que se produce en fase de juicio oral[8]. Hacer coincidir el alcance de la contradicción sobre la obtención de fuentes de prueba en instrucción, con aquélla que se predica del plenario, puede significar introducir por vía indirecta la constitución, *sui generis*, de material probatorio de cargo al margen del juicio oral[9]. Como señala la STS

[6] Al respecto MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria*, VLEX, 1997, (ref. de 2 de septiembre de 2018), disponible en Web: www.vlex.com o MONTERO AROCA, "Estructura del Proceso", en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General,* Valencia: Tirant 2007, p. 326.

[7] GUZMÁN FLUJA, "La anticipación y la prueba penal", en *Prueba y Proceso Penal*, Valencia: Tirantonline, 2008, (ref. de 1 de septiembre de 2018).

[8] Ibídem.

[9] Véanse las SSTC 174/2011, de 7 de noviembre (F. J. 3º) y 75/2013, de 8 abril (F. J. 3º), así como, MORENO CATENA, "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal" en *Prueba y Proceso Penal*, op. cit. (ref. de 1 de septiembre de 2018), disponible en Web:

19/2013, de 9 de enero, "nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico". La cuestión, entonces, no radica tanto en considerar si el modo en que se produce la declaración y su contenido puede alcanzar eficacia probatoria sino en dilucidar si se han introducido las medidas necesarias para que pueda apreciarse la existencia de un proceso justo. Ciertamente, la práctica de la prueba testifical, por normal general, se produce en audiencia pública, con la presencia del acusado y mediando la garantía de contradicción, aunque existen excepciones al respecto, éstas no pueden menoscabar, sin más, el derecho de defensa del acusado, debiendo posibilitarse que el acusado puede realizar las preguntas que resultan pertinentes y poner en tela de juicio las declaraciones realizadas en su contra (STEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P. S. contra Alemania[10]).

Con la introducción de las modificaciones comentadas podría producirse una negación del ejercicio del derecho de defensa, si no se articulan las medidas necesarias que permitan equilibrar la forma en que se produjo la declaración y el ejercicio legítimo del derecho de defensa. Mecanismos de contención que se diseñan al objeto de garantizar la posibilidad de contradicción, puesto que el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones al sujeto declarante, siempre que ello resulte posible. Asimismo, el Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales. Por tanto, la posibilidad de contradicción se amplia en sede de instrucción pudiéndose anticipar la introducción de preguntas y, posteriormente, también en sede de juicio oral, realizar una contradicción plena sobre la propia grabación y la exploración realizada. Como sostiene la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, "quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Por último, han avalado la fórmula descrita en el art. 433 LECrim las SSTC 174/2011, de 7 de noviembre[11] y 57/2013, de 11 de marzo, al

www.tirantonline.com, quien descarta la prohibición general de utilizar las diligencias de investigación, apostando porque sólo en ciertos casos y respetando una serie de garantías, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral, pueda procederse a su utilización.

[10] Puede consultarse LUIS GARCÍA, "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso "P.S. v. Alemania"" en *La Ley*, Madrid, 2002, pp. 15 y ss.

[11] Véase ALCACER GUIRAO, "Testimonio de menores y garantías de un proceso equitativo conside-

afirmar que el testimonio de los menores de edad víctimas es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado[12] (STS de 14 de octubre de 2014). Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración[13] realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos.

3. La declaración de los testigos menores de edad en sede de instrucción

La segunda especialidad en la prestación de testimonio se recoge en el art. 448 LECrim al disponer que la declaración de los testigos menores de edad podrá llevarse a

raciones al hilo de la STC 174/2011, de 7 de noviembre", en *La ley penal: revista de derechos penal, procesal y penitenciario*, 2013, núm. 100, pp. 1-10 y ss.

[12] Sobre la articulación del principio contradicción sobre la declaración realizada por el menor de edad, puede acudirse a ORMAZABAL SÁNCHEZ, "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español: especial referencia al menor testigo", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América* (Armenta Deu y Oromí Vall- Llovera, coords.), Madrid: Colex 2010, pp. 135-147.

[13] Véase CHOZAS ALONSO, "El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América*, op. cit., pp. 167-174 y CHOCLÁN MONTALVO, "Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2002, núm. 526, pp. 1 y ss.; Para ARROM LOSCOS, "La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, op. cit., p. 10 "el art 229.2 de la LOPJ, [...] introduce el mecanismo de la video-conferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultanea de la imagen y el sonido. Igualmente, el mecanismo debe permitir la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. El señalado mecanismo de la video-conferencia, o sistema similar de comunicación, encuentra su reflejo en la LECrim tanto en instrucción, art 325 (en la redacción dada al precepto por la LO13/2003, de 24 de octubre), como en el juicio oral, artículo art 731 bis (introducido por la citada LO 13/2003) y también en el párrafo 2o del ya señalado art 707 (introducido por la LO 14/1999 y posteriormente reformado por la LO 8/2006 y el EVD)".

cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. También aquí resulta ser una opción potestativa del juez quien decidirá, bien de oficio bien a petición de parte o del propio Ministerio Fiscal, sobre el mejor proceder en la toma de declaración. Para ello, se disponen toda una serie de medidas, con mayor o menor fortuna, que pueden ir desde los conocidos biombos que impiden o dificultan la visión del auditorio, la declaración por medios tecnológicos (quizás más acorde con la naturaleza técnica de los medios que impone el precepto analizado), hasta la celebración del acto en sala contigua a aquella donde se está celebrando el acto, pero a presencia del Juez o Magistrado, Ministerio Fiscal, y en todo caso, la representación del sujeto pasivo del proceso penal, pues la exclusión de confrontación visual entiendo que viene referida al inculpado pero no a su representación letrada.

De otro lado, la tercera especialidad, introducida por La Ley orgánica 14/1999, de 9 junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se recoge en la regulación contenida en el art. 455 LECRIM, respecto de la realización de careos con testigos menores de edad. De esta forma, la regla general informa que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad. Excepcionalmente, podrán realizar si el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial al respecto.

4. La declaración de los menores de edad en sede de juicio oral

La actual redacción del art. 681 LECrim permite un mejor aseguramiento de los derechos de las partes procesales que pudieran verse afectados como consecuencia de una ilegítima divulgación producida durante el trascurso del juicio oral, generalmente, debida a un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia[14]. De esta forma, el Juez podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Asimismo, podrá acordar la adopción de medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares. Por úl-

[14] GUZMÁN FLUJA, "Algunos apuntes sobre la responsabilidad estatal por funcionamiento de la justicia", en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009, núm. 5, pp. 157-178.

timo, queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares[15].

De otro lado, la genérica obligación de declarar se contiene en el art. 707 LECrim que mandata a todos los testigos a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los arts. 416, 417 y 418 todos de la LECrim. En este contexto, la declaración de los testigos menores de edad, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando su confrontación visual con el inculpado. A diferencia de la prestación del testimonio regulada en el art. 433 LECrim, que disponía determinadas especialidades probatorias con la finalidad de evitar causar graves perjuicios al menor de edad, ahora dicha declaración se producirá para evitar los perjuicios derivados del proceso. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Por su parte, el art. 713 LECrim reproduce lo dicho respecto de los careos en sede de instrucción estableciendo que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. Por último, el art. 730 LECrim, con la primaria finalidad de evitar una doble victimización, establece la posibilidad de que puedan leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el art. 448 LECrim durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad. No obstante, como afirma MORENO CATENA[16], "cuando la fuente sumarial se incorpora al juicio oral no basta la simple lectura, de acuerdo con el art. 730 LECRIM, que facilita el contacto del juez con la fuente de prueba, sino que a la lectura le ha de seguir la posibilidad del debate procesal y de la contradicción, superando algunas prácticas forenses en que el precepto legal se cumplía dando "por reproducido" el documento sin siquiera tomarse la molestia de leerlo".

[15] Sobre la cuestión puede verse SÁNCHEZ GÓMEZ, "El derecho procesal ante los medios de comunicación", en *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, (Sánchez Gómez, Dir.), Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1-45.

[16] MORENO CATENA, "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal" en *Prueba y Proceso Penal*, op. cit. (ref. de 1 de septiembre de 2018), disponible en web: www.tirantonline.com.

5. A modo de conclusión

Como se dejó apuntado al inicio, la regla general informa que la prueba de cargo se practicará en el juicio oral. De manera excepcional, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de practicar una modalidad de "prueba testifical instructora anticipada" (STC 200/1996, de 3 de diciembre, F. 3)[17]. La validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos:

— Materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral),
— Subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción),
— Objetivos (la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado).
— Formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios).

Ahora bien, tales criterios han sido debidamente actualizados conforme señalan la STC 366/2016 de 28 de abril y STS 478/2017 de 27 junio, produciéndose dos adiciones básicas en cuanto a los requisitos materiales y formales se refiere, quedando el resto del standard jurisprudencial sin modificar. Por tanto, entre los requisitos materiales se pone ahora de manifiesto la existencia de una "causa legítima" que impida reproducir la declaración en el juicio oral para considerar la validez de la prueba testifical instructora anticipada. Respecto de los requisitos formales, tan solo se produce una lógica adición respecto del uso de las tecnologías, puesto que si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, la oportuna contradicción se producirá también mediante el visionado de la grabación de la diligencia[18].

Por tanto, la falta de sometimiento de los menores al debate contradictorio ordinario propio del juicio oral tiene su justificación normativa en nuestro vigente marco legal que ampara dicha posibilidad (art. 26 EVD y los arts. 433, 448 y 707 de la LECrim). Si bien, se ha producido una modificación de los requisitos materiales que sostienen la validez de la prueba testifical instructora anticipada, tradicionalmente entendidos desde su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, o su carácter disponible o no disponible para el acto del plenario[19], a la concurrencia de una causa legítima que

[17] Véase GALDANA PÉREZ MORALES, "La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220 : necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América*, op. cit., pp 187-195.

[18] ESQUIVIAS JARAMILLO, "Declaración de menores víctimas de delito de abusos sexuales", en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2015, núm. 169, pp. 219-222.

[19] GUZMÁN FLUJA, "La anticipación y la prueba penal", en *Prueba y Proceso Penal*, op. cit. (ref. de 1 de septiembre de 2018).

impida su efectiva reproducción. A pesar de esto, se ha de poner de manifiesto, que la jurisprudencia consultada[20] (casi toda en relación con delitos de índole sexual cometidos contra menores de edad) rodea esta opción de otros medios probatorio de cargo relevantes para enervar la presunción de inocencia.

Bibliografía

ALCACER GUIRAO, "Testimonio de menores y garantías de un proceso equitativo consideraciones al hilo de la STC 174/2011, de 7 de noviembre", en *La ley penal: revista de derechos penal, procesal y penitenciario*, 2013, núm. 100, pp. 1-10 y ss.

ARROM LOSCOS, "La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Riedpa*: *revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2015, núm. 3, pp. 1-15.

CASTELLS GALLART, "El interés superior de la infancia versus el derecho de defensa del acusado: la declaración del menor víctima en la jurisdicción penal", en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, (Villagrasa Alcaide vy Revetllat Ballesté, coords.), Madrid: Boshc, 2009.

CHOCLÁN MONTALVO, "Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2002, núm. 526.

CHOZAS ALONSO, "El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América*, (Armenta Deu y Oromí Vall- Llovera, coords.), Madrid: Colex, 2010.

ESQUIVIAS JARAMILLO, "Declaración de menores víctimas de delito de abusos sexuales", en *CEFLegal: revista práctica de derecho*. *Comentarios y casos prácticos,* 2015, núm. 169, pp. 219-222.

GALDANA PÉREZ MORALES, "La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220 : necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América,* (Armenta Deu y Oromí Vall- Llovera, coords.), Madrid: Colex, 2010.

GUZMÁN FLUJA, "Algunos apuntes sobre la responsabilidad estatal por funcionamiento de la justicia", en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la*

[20] Junto a la citado a lo largo del texto se han considerado las SSTS 1/2016 de 19 enero; 675/2016 de 22 julio; 965/2016 de 21 diciembre; 389/2017 de 29 mayo; 468/2017 de 22 junio; 478/2017 de 27 junio; SAP de Madrid, 441/2016 de 26 julio; SAP de Tarragona, 413/2016 de 16 septiembre y SAP de Islas Baleares, 225/2016 de 13 octubre.

modernización de las Administraciones Públicas, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009, núm. 5, pp. 157-178.

GUZMÁN FLUJA, "La anticipación y la prueba penal", en *Prueba y Proceso Penal,* Valencia: Tirantonline, 2008, (ref. de 1 de septiembre de 2018).

LUIS GARCÍA, "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso "P.S. v. Alemania"" en *La Ley*, Madrid, 2002, pp. 15 y ss.

MIRANDA ESTRAMPES, "La declaración testifical de los menores víctimas de hechos delictivos", en *Constitución, Ley y Proceso* (González Álvarez, coord.), Ara, imp., Lima, 2013.

MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria,* VLEX, 1997, (ref. de 2 de septiembre de 2018), disponible en web: www.vlex.com.

MONTERO AROCA, "Estructura del Proceso", en *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia: Tirant, 2007, p. 326.

MORENO CATENA, "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal" en *Prueba y Proceso Penal,* Valencia: Tirantonline, 2008, (ref. de 1 de septiembre de 2018), disponible en Web: www.tirantonline.com.

MUÑOZ CUESTA, "La declaración del menor en el proceso penal en especial cuando es víctima de un delito sexual", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2013, núm. 6, pp. 11-19.

NAVARRO VILLANUEVA., "La protección del testimonio del menor de edad. El valor probatorio de la declaración testifical del menor-víctima realizada en la fase de instrucción", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2009, núm. 3-4, pp. 53 y ss.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español: especial referencia al menor testigo", en *La víctima menor de edad. Un estudio comparando Europa / América* (Armenta Deu y Oromí Vall- Llovera, coords.), Madrid: Colex, 2010.

SÁNCHEZ GÓMEZ, "El derecho procesal ante los medios de comunicación", en *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, (Sánchez Gómez, Dir.), Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 1-45.

VILLACAMPA ESTIARTE, "Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, núm. 16, pp. 284-298.