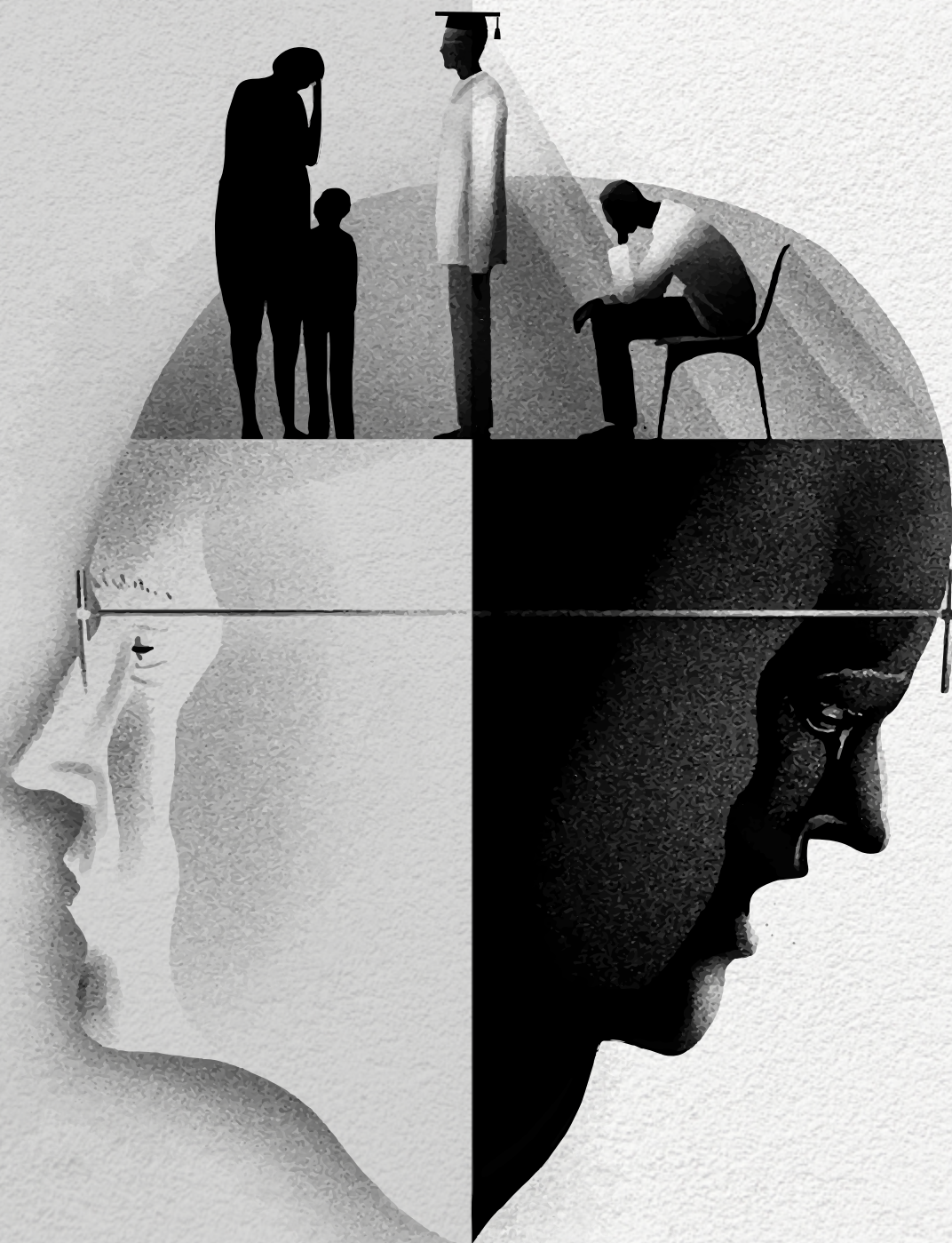


DERECHO PENAL CENTRAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

ISSN-E 2697-3359 | ISSN-I 2697-3251 | AÑO 2022 | AÑO IV | NÚMERO 4

Revista
DERECHO PENAL CENTRAL
año iv | número 4 | enero-diciembre | 2022



Revista Derecho Penal Central | año IV | núm. 4 | enero-diciembre | 2022 | ISSN-i 2697-3251 | ISSN-e 2697-3359 | frecuencia: anual | año de inicio: 2019 | idioma: español

Derecho Penal Central es una publicación del área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Esta revista difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas penales; su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los temas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

EDITORES

Ramiro J. García Falconí
Beatriz Rodríguez Tapia

COMITÉ EDITORIAL

Ramiro J. García Falconí— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)
José Luis González Cussac— Universidad de Valencia (España)
Javier Fernández Teruelo— Universidad de Oviedo (España)
Miguel Abel Souto— Universidad Santiago de Compostela (España)
Miguel Díaz y García Conlledo— Universidad de León (España)
Miguel Ángel Núñez Paz— Universidad de Huelva (España)
Javier de la Fuente— Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)
Beatriz Rodríguez Tapia— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

COORDINADORA ACADÉMICA

Sofía Vera Zamora

COLABORACIÓN

Andrea Morales Lloré
Iris del Belén Franco López

Revista Derecho Penal Central
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>
fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Av. Universitaria s/n, Quito-Ecuador, C. P. 170129
fjcps.subdecanato@uce.edu.ec | decanato.fjcps@uce.edu.ec

Edición general | Gustavo Pazmiño
Diseño y diagramación | Christian Echeverría
Edición de textos | Marcelo Acuña
Portada | Edison Pila - Christian Echeverría

Edición | Editorial Universitaria
Ciudadela Universitaria, Avenida América, s. n.
Quito, Ecuador
+593 (02) 2524 033
editorial@uce.edu.ec



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Fernando Sempértegui Ontaneda | RECTOR

María Augusta Espín | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

María Mercedes Gavilánez | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Marco Arroyo Posso | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

José Luis Terán Suárez | DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ramiro J. García Falconí | SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

César R. Muñoz Pazmiño | DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Índice

Agresión y victimización en la violencia sobre las mujeres <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	07
La cocaína como abrepuestas: Sobre el origen global de la problemática de las drogas a partir de la cuestión del Opio en Asia <i>Sebastian Scheerer</i>	28
La falta de tipificación del sexting en el Código Orgánico Integral Penal <i>Camila Del Castillo Fernández, Estefany Alvear Tobar</i>	44
La tipificación del delito de femicidio en la legislación ecuatoriana. <i>Marjorie Dayanara Yanes Sevilla</i>	59
Feminicidio: estudio comparado de las mujeres trans como sujetos pasivos del tipo penal de feminicidio <i>Brayan Guerrero Reyes, Neider Alegía Ruiz</i>	71
Instrucciones para los autores	87

DERECHO PENAL CENTRAL



Agresión y victimización en la violencia sobre las mujeres¹

Aggression and victimization in violence against women

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

iD Universidad de Huelva (España)

RESUMEN

El enorme problema estructural de la violencia sobre las mujeres es abordado en este trabajo solo en una de sus líneas (defensa de la víctima), para lo cual nos parece propio comenzar reconociendo a la mujer como una víctima peculiar cuando nos referimos a la violencia machista, acudiendo necesariamente, como punto de partida, al recuerdo del llamado *ciclo de la violencia*² que, en un estudio sobre mujeres maltratadas, realizara originariamente la psicóloga americana *Lenore Walker* y al que dedicó valiosos trabajos posteriores. Se trata de una teoría según la cual al maltrato conyugal continuado generaría en la mujer un *trastorno patológico de adaptación* denominado *"battered woman sindrom"* (síndrome de la mujer maltratada) y en el que "maltratada" correspondería a una mujer que ha sido víctima de la violencia física, sexual y psicológica (o incluso social) en varias ocasiones³. Se trata de un modelo realizado sobre la base de las experiencias de esas mujeres que han sido sometidas a violencias repetitivas de mano de sus parejas masculinas y que se puede concretar en un conjunto de efectos que hacen incapaz a la mujer de responder de forma inmune a episodios de violencia, sintiéndose presa de la situación hasta llegar incluso al punto de ocultar tales situaciones por miedo a que se produzca una agresión directa más intensa hacia ella o indirecta hacia sus seres más cercanos. Solamente a partir de este conocimiento de la victimización femenina, podremos plantearnos si existe una hipotética responsabilidad penal de las mujeres que reaccionan a la violencia cometiendo delitos, y cuáles serían los argumentos para defender tal responsabilidad o negarla en base a la aplicación de la eximente de legítima defensa. Lo que puede llevar a debate la interpretación tradicional de los requisitos de la causa de justificación que quizá no se hallen en consonancia con la realidad de la violencia de género, y responder tal vez a una aplicación sexista del derecho, ignorando la verdadera posición de la mujer en tales situaciones y permitiendo acudir ocasionalmente, como alternativa, a la aplicación del "miedo insuperable" que permite reconocer una ausencia de responsabilidad o, al menos, una responsabilidad parcial de esas mujeres, si bien de una forma menos significativa. Esta posibilidad no desvinculará a la víctima de tal relación envenenada y del mecanismo de violencias físicas y sociológicas, ni reconocerá la realización de las violencias repetidas o el carácter "legítimo" de la defensa de la mujer, sino que solamente permitirá valorar la situación como una reacción incontrolada frente a un miedo aislado y singular.

PALABRAS CLAVE: agresión, victimización, violencia, mujeres.

ABSTRACT

The enormous structural problem of violence against women is addressed in this work only in one of its lines (defense of the victim), for which it seems appropriate to begin by recognizing women as a peculiar victim when we refer to sexist vio-



Recibido: 03/03/2022
Aceptado: 24/03/2022

1 Artículo referencial: NÚÑEZ PAZ - ROJANO GARCÍA, Agresión y victimización en la violencia de género ¿Defensa legítima o venganza?; Revista penal México, N.º. 19, 2021, INACIPE, págs. 59-77.

2 Vid. WALKER, L., "The Battered Women", Perennial Library, Harper & Row Publishers, New York, 1979.

3 WALKER, L., "The Battered Woman", cit. p. 26: "Any woman may find herself in an abusive relationship with a man once. If it occurs a second time, and she remains in the situation, she is defined as a battered woman"

lence, necessarily resorting, as a starting point, to the memory of the so-called cycle of violence that, in a study on battered women, the American psychologist Lenore Walker originally carried out and to which she devoted valuable subsequent works. It is a theory according to which the continued conjugal abuse would generate in the woman a pathological adaptation disorder called "battered woman syndrome" (battered woman syndrome) and in which "battered" would correspond to a woman who has been a victim of physical, sexual and psychological (or even social) violence on several occasions. This is a model made on the basis of the experiences of those women who have been subjected to repetitive violence at the hands of their male partners and that can be concretized in a set of effects that make the woman unable to respond in an immune way to episodes of violence, feeling prey to the situation to the point of even hiding such situations for fear of a more intense direct aggression towards her or indirect towards her closest ones. Only from this knowledge of female victimization, we will be able to ask ourselves if there is a hypothetical criminal responsibility of women who react to violence by committing crimes, and what would be the arguments to defend such responsibility or deny it based on the application of the legitimate defense exemption. This may lead to debate the traditional interpretation of the requirements of the cause of justification that may not be in line with the reality of gender-based violence, and perhaps respond to a sexist application of the law, ignoring the true position of women in such situations and allowing occasional recourse, as an alternative, to the application of "insurmountable fear" that allows recognizing an absence of responsibility or, at least, a partial responsibility of these women, albeit in a less significant way. This possibility will not dissociate the victim from such a poisoned relationship and from the mechanism of physical and sociological violence, nor will it recognize the realization of repeated violence or the "legitimate" character of the defense of women, but will only allow to assess the situation as an uncontrolled reaction to an isolated and singular fear.

KEYWORDS: Aggression, victimization, violence, women.

1. La víctima del delito y su participación en la respuesta penal

La dogmática sobre la respuesta penal a las conductas antijurídicas aún gira en nuestros días, fundamentalmente, en torno al delincuente y a la pena. El *ius puniendi* del Estado, a través del cual se pretende defender a toda la sociedad, parece que —en ocasiones— constituye en único ofendido al Estado mismo como ente que representa a todos los ciudadanos. Y en esa teorización de la defensa de todos, puede llegar a olvidarse de la protección del sujeto pasivo concreto víctima de un determinado delito. En ocasiones, a la víctima solo le queda el recurso procesal de la acusación particular. La víctima del delito ha sido hasta hace poco, y lo es todavía en gran medida, la gran olvidada del derecho penal y de otras ciencias auxiliares. La misma terminología doctrinal que la denomina *sujeto pasivo*, es indicativa de su papel «no activo» en la respuesta penal (salvo en la posible actividad procesal ya apuntada). Todo ello genera una falta de confianza de las víctimas en el sistema penal, y la victimización secundaria que tienen que soportar en el caso de la violencia de género puede explicar en parte el fenómeno de la retirada de las denuncias de muchas mujeres maltratadas.⁴ Puede

4 Cfr. Larrauri Pijoan, E., «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, UNED, Madrid, 2003, documento electrónico: <http://espacio.uned.es/tez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2003-12-5090&dsid=Documento.pdf>, quien señala: «Ello puede observarse precisamente en las conocidas campañas dirigidas a la mujer en las que se pone el énfasis en que ella denuncie o "hable". Estas campañas, por un lado, responsabilizan implícitamente a la mujer de su situación, puesto que sitúan el acento en lo que ella debe hacer, se dirigen a ella, y con ello contribuyen a alimentar la imagen de que la cesación de la violencia depende de sus esfuerzos. Por otro lado, al insistir en que la mujer denuncie, acuda al sistema penal, como si ello fuera la solución a los malos tratos que ella está sufriendo, acentúan como único camino lo que sólo es una estrategia de la mujer en su intento de librarse de los malos tratos.

Esta insistencia en la denuncia como "objetivo" comporta finalmente que, en este tema, como sucede en la violencia sexual, quien no denuncia o tarda en hacerlo aparece como implícitamente tolerando una situación. En segundo lugar,

que la solución al problema de la violencia de género no esté en la creación de nuevos tipos penales, o en hacer creer que una elevación de las penas mejorará la situación de las mujeres víctimas de maltrato. Esas erróneas expectativas generarán una mayor defraudación de confianza, y al final se producirá una desafección al sistema. Es necesario prestar atención a las víctimas para que confíen en el procedimiento penal, y para ello es necesario reflexionar sobre cómo debe ser esa intervención.

En los últimos años se ha ido generalizando una preocupación social por la protección de las víctimas de los delitos, relegadas hasta entonces a un segundo plano. En el ámbito doctrinal de la ciencia penal se han plasmado corrientes que ponían su atención en la persona del sujeto pasivo de la acción delictiva, exhortando al Estado a realizar una intervención positiva dirigida a corregir la preterición en la que se encontraba la víctima en la respuesta penal, y a restaurar a las víctimas en su situación anterior al delito, o al menos paliar sus efectos.⁵

Este tradicional olvido se pretende corregir por el legislador mediante la promulgación de leyes específicas de protección a las víctimas de un delito. La Ley 4/2015 de 27 de abril⁶ del Estatuto de la víctima del delito, viene a reconocer la necesidad de elaborar una ley cons-

enfatar la necesidad de que la mujer denuncie y apueste de forma decidida por la intervención penal puede conllevar una defraudación de las expectativas que se le han creado (por ejemplo, porque el sistema penal absuelve en ocasiones incomprensiblemente o no consigue protegerla adecuadamente). Esta defraudación de expectativas también tiene efectos simbólicos y reales, pues la desesperación aumenta al ver cómo esta vía tampoco funciona y esta experiencia tiende a comunicarse a otras mujeres que actúan en consecuencia. En tercer lugar, el sistema penal puede favorecer la creación de estereotipos que la perjudican. Por ejemplo, se repite el mito de lo irracionales que son las mujeres que pretenden desistir del proceso penal, en aras de una reconciliación o en un intento de minimizar la violencia; se alude a la maldad de las mujeres que denuncian penalmente sólo para conseguir ventajas en la separación; o, contrariamente, se señala el absurdo proceder de las mujeres que denuncian y luego no quieren separarse. Como puede verse, es difícil librarse de alguna etiqueta negativa, puesto que el sistema penal sólo reconoce una actuación como convencional y etiqueta al resto como desviadas o incomprensibles».

5 Vid. sobre Victimología en el derecho penal alemán, Hassemer, Winfried, «Consideraciones sobre la víctima del delito», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, pp. 241-260. Idioma: español. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46360> Indica: «La protección de bienes jurídicos y la orientación hacia el autor se presentan últimamente desde otra perspectiva que proviene de la discusión jurídico-penal y político criminal del tradicional contrario del autor: la víctima. Las reflexiones que se hacen de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal podrían, posiblemente, cambiar a medio plazo y de forma efectiva el clima político-criminal. Experiencias de otros países dan una idea provisional pero clara y fidedigna de este extremo» y «c) Apreciaciones victimológicas: El desarrollo de la victimología, es decir, de la doctrina criminológica sobre la víctima, ha influido en la teoría del Derecho penal y del Derecho procesal penal. No se puede ver todavía, sin embargo, ningún cambio de tendencia en el "redescubrimiento" de la víctima por la teoría del injusto. En la actualidad, las propuestas de procedimiento no penal en los delitos de bagatela, aunque estén orientadas a la víctima, deben ser consideradas más bien como pautas que tienen que superar un examen crítico sobre garantías jurídico-penales y constitucionales. Lo que está claro hoy es que las reflexiones crecientes sobre la víctima pueden traer cambios importantes tanto en el Derecho penal como en el proceso penal y, desde luego, en la Política criminal. Tales cambios habrá que apreciarlos y valorarlos, al menos, en forma provisional».

6 Vid. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101 de 28 de abril del 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606> que señala en su Exposición de motivos: «Los antecedentes y fundamentos remotos del presente Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

Respecto de España, este Informe destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo».

titutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito, y ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no únicamente jurídica, sino también social a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en la esfera moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal. Y se admite que ningún Estado miembro de la Unión Europea⁷ había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacando la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

Por tanto, la víctima, a pesar de ser la titular del bien jurídico protegido, no ha tenido un papel activo en la respuesta penal al hecho antijurídico. Puede que por el legislador y la doctrina se considerase que una mayor protección penal de la víctima iría en detrimento de los derechos y garantías del autor del hecho criminalmente responsable, teniendo como consecuencia un derecho penal vengativo y no un derecho penal civilizado y justo. Sin embargo, superada ya por la evolución histórica del derecho penal el exceso de la necesidad de la autotutela personal de la víctima, siendo sustituida por la tutela social del Estado, el delito pasó de ser una cuestión privada⁸ a tener una repercusión pública monopolizando el Estado moderno el derecho a castigar. Pero en este cambio de objetivos preferentes la víctima quedó relegada a sujeto pasivo del delito, una especie de víctima propiciatoria, de relevancia limitada para alcanzar la paz social, cuando, en realidad, el delito es la constatación más evidente del fracaso del Estado en el cumplimiento de su función de mantenimiento de la paz, la seguridad y la justicia.

El positivismo de finales del siglo XIX y principios del XX, ya dedicó atención doctrinal a la indemnización y atención a las víctimas del delito,⁹ pero en un plano económico, sin abordar aún la visibilización y protagonismo de la víctima en la respuesta penal, como en épocas más contemporáneas sí se está afrontando.

7 Vid. 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo: «La Unión está comprometida con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia, y el Consejo ha adoptado la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (4). En el marco del Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (5), adoptado por el Consejo Europeo en su sesión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, se solicitó a la Comisión y a los Estados miembros que analizasen cómo mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo para la protección de las víctimas, centrándose en prestar asistencia y reconocimiento a todas las víctimas, incluidas las víctimas del terrorismo, con carácter prioritario».

8 Cfr. Panero Gutiérrez, R., «Sobre los delitos privados en el derecho romano, *delicta privata*. La justicia privada y su evolución, Esfera Penal», en *Derecho Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 134.

9 Cfr. Vid. Dorado Montero, P., «Indemnización a las víctimas del delito», «Riparazione alle vittime del delitto», Traducción y estudio crítico de R. Garofalo (1887), *Revista La España moderna/Revista Ibero-Americana* (1905). Documento digital: <http://fama2.us.es/fde/indemnizacionALasVictimas.pdf>, Señala el autor: «Diariamente escuchamos voces que se levantan a favor de aquellos que, acusados de un delito, han sido arrestados y sufrido una larga prisión, antes de que se haya celebrado el juicio. En los Parlamentos se discuten proyectos de ley encaminados a compensar pecuniariamente las prisiones preventivas no justificadas por alguna sentencia definitiva de un juez o de un tribunal. Pero mientras esto sucede, pocas son las personas que se preocupan de un problema que reviste un interés social no inferior sin duda al de los anteriores, a saber: el problema de la indemnización a las víctimas de los delitos».

«Y, sin embargo, la verdad es que esta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes, que parece ser la única de la que los actuales legisladores se preocupan.

Si la razón primera de la existencia del Estado es la tutela de los derechos de los ciudadanos, parece que cuando dicha tutela ha resultado inútil, deba aquella institución hacer algo por reparar el mal que no supo impedir, no obstante que, precisamente para impedirlo, perciba los impuestos y limite de mil maneras la libertad individual. El Estado es injusto si abandona a aquellos que, confiados en la prometida garantía de los poderes sociales, no se previnieron contra las agresiones de los malhechores, como lo habrían hecho si hubiesen vivido en sociedades peor organizadas y menos civilizadas».

Y es sintomático que el único título del Código Penal que regula la responsabilidad personal del autor hacia la víctima concreta (título IV del Libro primero arts.109 a 126) se denomine *De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales*,¹⁰ relegando la restitución, la reparación del daño, y los perjuicios materiales y morales inferidos a la víctima del delito a una cuestión económica, civil, cuya cuantía será determinada por el juez.

Esta invisibilización de la víctima del delito, cuyo protagonismo en la respuesta penal ha sido asumido exclusivamente por el Estado, está siendo contestada en los últimos años a la vista de fenómenos criminales de especial gravedad y repetitivos, como son los delitos de terrorismo y violencia de género. Solo la compasión a la víctima¹¹ no le otorga justicia, y únicamente la indemnización civil tampoco. Las asociaciones de víctimas del terrorismo y de violencia de género han forzado la visibilización social de quienes han padecido la acción de delincuentes que en muchas ocasiones han truncado la vida física, familiar, moral y psicológica de miles de personas inocentes, provocando no solo una victimización primaria, sino una victimización secundaria por los efectos traumáticos del hecho lesivo, y una revictimización en el tiempo durante el largo trámite procesal legal.

Y esta nueva realidad social ha propiciado que la victimología, como disciplina que aborda el estudio multidisciplinar de las peculiaridades, necesidades, situación procesal y protección de la víctima (definición según RAE),¹² se haya situado en un lugar de preferente atención en los estudios penales y criminológicos.

2. El Estatuto de la víctima del delito

La ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, no es el primer intento legal especial de protección a la víctima de delito. Con anterioridad a este cuerpo legal, existían algunas normas encaminadas a la protección de las víctimas de determinados delitos. Entre ellas:

- Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.¹³
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.¹⁴
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la

10 Vid. «Art. 109 CP: 1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

Art. 110 CP: La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución, 2.º La reparación del daño, 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales».

11 Cfr. Gracia Ibáñez, J., «Justicia y política de la compasión en relación con las víctimas», en *Revista de Victimología | Journal of Victimology*. Online www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com DOI 10.12827/RVJV.7.03 | N. 7/2018 | P. 77-106, quien indica: «Ser víctima de delito implica dolor y sufrimiento. Ante ello, la mera racionalización, aunque indispensable, parece quedarse corta. No obstante, la simple emocionalización tampoco resuelve nada: no se trata de limitarnos al reconocimiento del sufrimiento ajeno, sino de ayudar a superarlo interviniendo para recuperar la vida anterior al hecho que lo provocó en la medida de lo posible.

Al plantear, como solemos hacer a menudo, una separación entre compasión y justicia estamos tal vez minusvalorando el papel que la emoción compasiva tiene en la formación de un juicio acerca del sufrimiento de los demás. La compasión, al permitir colocarnos en la posición del otro y sentir en alguna medida el dolor que éste siente, es una forma de conocimiento que implica tanto percepción como imaginación. Aunque puede estar muy mediatizada por el prejuicio, ser inconstante y voluble u ocultar un cierto menosprecio fundado en una superioridad moral mal entendida. En cualquier caso, en su mejor versión, posee una dimensión social y política evidente».

12 RAE. <https://dej.rae.es/lema/victimolog%C3%ADa>

13 Vid. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, BOE núm. 229 de 23 de septiembre del 2011. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039>

14 Vid. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. BOE núm. 296 de fecha 12 de diciembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26714>

violencia de género.¹⁵

- Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito.¹⁶

Y 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, y por la que se sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (norma ya citada), que ha sido traspuesta a nuestra Ley 4/2015, que comentamos.

Pero es con la Ley 4/2015 con la que se pretende una regulación sistematizada de los derechos de las víctimas desde las dependencias policiales hasta la ejecución de la pena, lo que supone la participación activa de funcionarios, profesionales e instituciones como jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia, funcionarios de instituciones penitenciarias, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, abogados, médicos forenses y las oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

La estructura de la Ley 4/2015 de 27 de abril consta de un título preliminar seguida de cuatro títulos, dos disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y seis disposiciones finales. El título preliminar contiene la definición del concepto de víctima y de sus derechos. El Título I los derechos básicos, el Título II la participación de la víctima en el proceso penal, el Título III la protección de las víctimas y el Título IV, bajo la denominación de disposiciones comunes, versa sobre las oficinas de asistencia a las víctimas, la formación, la cooperación y buenas prácticas y la obligación de reembolso de ayudas y subvenciones.

Tanto con la Ley 1/2004, como con la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, se han introducido reformas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (como cuerpos legales penal y procesal), que pretenden proteger a la víctima (en el caso que nos ocupa, víctima de violencia de género) tratando de evitarle la revictimización a través de la carga administrativa, judicial y procesal que la denunciante debe soportar, y prestarle la asistencia social y económica que, como consecuencias del delito, pueda estar necesitando.

Desde la óptica social y pública, la víctima del delito se ha hecho visible. El legislador ya no puede legislar de espaldas a las víctimas. Sea por razones políticas electorales, sea por convencimiento moral, sea por la presión pública nacional o internacional, o por exigencia del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales suscritos por España, lo evidente es que el ordenamiento jurídico ya no puede preterir a la víctima del delito.

3. Concepto legal de víctima

El art. 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito,¹⁷ facilita un

15 Vid. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE núm. 313 de fecha 29 de diciembre del 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

16 Vid. Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de asistencia a las víctimas del delito. BOE núm. 312 de fecha 30 de diciembre del 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14263

17 Vid. artículo 2. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima:
 «Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.
 b) 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

concepto dual de víctima: la víctima directa, persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito;¹⁸ y la 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), entre los que incluye a cónyuge, o persona unida por análoga relación de afectividad, hijos, progenitores y otros parientes cercanos. El alcance de este concepto legal, que comprende a un número determinable de personas, nos ofrece un panorama compuesto, en cada delito concreto, por un conjunto indeterminado de víctimas a quienes, en ausencia de legislación especial, se relegaría al papel de sujetos pasivos a quienes el delincuente sólo les «adeuda» una indemnización económica civil, fijada por los juzgados y tribunales (art. 115 CP).

4. Derechos de las víctimas.

El art. 3 de la Ley 4/2015, «Derechos de las víctimas»,¹⁹ hace un relato descriptivo de una serie de derechos, y empieza por el de protección, información, apoyo, asistencia y atención, 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.

Puede que sea motivo de reflexión, cuando no de cierta perplejidad, observar que la norma tiene que recordar a autoridades y funcionarios (es decir, empleados públicos, es decir el Estado) que deben tratar a la víctima del delito con respeto, profesionalidad y de forma no discriminatoria (como si antes de este mandato legal existiera la constatación de que ese trato básico no existiera o no fuera exigible).

Continúa el citado precepto: «[...] y 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». Justicia restaurativa: aquí la Ley 4/2015 introduce un derecho que sí tiene relevancia en la visibilización penal sustantiva de la víctima del delito, en el presente trabajo, en el delito de la violencia de género.

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 encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran 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».

18 Cfr. Echeburúa E. y Cruz-Sáez, M. S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», *Revista de Victimología | Journal of Victimology*. Online www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com doi 10.12827-rvjv-1-03 | p. 83-96, ofrecen un concepto de víctima, donde destaca el daño físico y el trauma moral, inferido por el agresor, con las secuelas psicológicas que ambas agresiones puedan acarrear.

«La víctima de un delito violento es un ser humano que sufre un malestar emocional a causa del daño intencionado provocado por otro ser humano. En esta definición hay dos componentes: el hecho violento en sí (agresión sexual, violencia contra la pareja, acoso, acto terrorista, tortura, entre otros) y el daño psicológico sufrido por la víctima, que se experimenta de forma inmediata (lesión psíquica) o que puede incluso cronificarse (secuelas emocionales)»

19 Vid. Artículo 3. Ley 4/2015, *cit.*, Derechos de las víctimas:

«1. Toda víctima tiene derecho 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 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.

2. El ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como por lo dispuesto en la legislación especial y en las normas procesales que resulten de aplicación».

En el preámbulo de la Ley se hace una referencia a la inclusión de una posible actuación de los servicios de justicia restaurativa,²⁰ afrontando la necesidad de superar las reticencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor, por la desigualdad moral que existe entre ambos. La actuación de esos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, teniendo como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima, el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor, y la asunción del cumplimiento de la pena legal aplicable. Excluyendo, claro está, cualquier situación de riesgo para la seguridad de la víctima o de la causación de otro perjuicio.

El texto legal que comentamos vuelve a citar en los arts. 3, 5, 15 y 29²¹ la pretensión legal de la justicia restaurativa, como derecho de la víctima, con las salvedades del consentimiento previo y ausencia de riesgo ya apuntado. Pero es de apreciar que en un cuerpo legal tan reciente en el tiempo (año 2015), y con el carácter de norma especial, no solo no se obvia esta forma de justicia penal, sino que se aborda expresamente reconociéndolo como derecho de la víctima, lo que, de aceptarse por ella, visibilizaría a la víctima en el proceso penal confiriéndole un papel activo en la respuesta penal que no suele ostentar, salvo en el orden procesal.

5. La victimología: ¿Hacia un nuevo concepto de justicia penal?

La determinación de un juicio de responsabilidad penal se construye con la identificación de una acción atribuible a un individuo —el sujeto activo— que atenta contra un bien jurídico de titularidad ajena —el sujeto pasivo— víctima del delito. La simplicidad de este planteamiento esconde, sin embargo, una mayor complejidad cuando se pretende, por razón de justicia restaurativa, que la víctima tenga una mayor relevancia en la respuesta penal. El derecho penal ha girado, fundamentalmente, sobre el estudio del autor del injusto y la amenaza le-

20 *Vid. Ley 4/2015, cit.*, «Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio».

21 *Vid. Artículo 3. Ley 4/2015, cit.*, Derechos de las víctimas:

Arts. 1 y 2, *cit.*,

«Artículo 5.1 k) Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes... / ...k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible

Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
 b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
 c) el infractor haya prestado su consentimiento;
 d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
 e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.

Artículo 29. Funciones de apoyo a actuaciones de justicia restaurativa y de solución extraprocésal.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocésal que legalmente se establezcan».

gal de la pena que tal acción lleve aparejada, es decir, el delincuente y la pena han sido los protagonistas de esta rama del derecho. Pero últimamente, por la gravedad y repetición de determinados delitos, la víctima ha adquirido una relevancia que ya no es posible obviar en la respuesta penal.

Esta visibilización de la víctima ha propiciado que sea objeto de estudio como un campo escindido de la criminología,²² en cuanto referido a una realidad más amplia y especial que la general de la criminalidad, encontrados lógicamente en el interés común del estudio de las implicaciones del acto delictivo.

Aunque a principios del siglo pasado la escuela positivista²³ ya destacó la importancia de incluir a la víctima en la política criminal, ha sido mucho más tardíamente cuando la atención por la víctima ha encontrado eco en la doctrina y en la legislación. Es sintomático que el primer cuerpo legal de protección integral de la víctima del delito sea del año 2015. El fenómeno de la criminalidad de masa ha obligado al criminólogo a enfrentarse con una dimensión del delito que había sido descuidada hasta bien entrado el siglo pasado. El terrorismo y la violencia de género, junto a otros delitos repetitivos y graves, han propiciado un cambio de dirección doctrinal hacia la investigación victimológica, con un reflejo en la política criminal de los últimos años. Si al ciudadano le está prohibida la realización arbitraria del propio derecho, conforme regula el art. 455 del CP;²⁴ si el delito ha dejado de ser un fenómeno privado para convertirse en público; si la venganza personal no tiene cabida en un Estado democrático y de derecho; y hasta la legítima defensa que es una reacción natural y entendible está reglada minuciosamente por el derecho penal, —hasta el punto de que rebasados ciertos límites la víctima incurre en responsabilidad criminal— es indudable que debe ser el propio Estado quien se ocupe de las víctimas al igual que se ocupa de la represión del actuar injusto.

Los párrafos finales del apartado II del Preámbulo de la ya citada Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, es un reconocimiento expreso y público de la falta de atención legislativa hacia la víctima, incluso de desatención hacia ella.²⁵ Y lo hace en unos términos

22 Cfr. Peters, T., «Criminología y victimología», Resumen de la Mesa redonda: *Aportaciones de la criminología a la victimología*, Katholieke Universiteit Leuven, Documento digitalizado: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/10+-+Criminologia+victimologia.pdf>, quien señala: «El título de la mesa redonda, Aportaciones de la Criminología a la Victimología, pone el acento en la victimología en cuanto ciencia independiente referida a una realidad más amplia que la realidad de la criminalidad.

Ciertamente hay un desarrollo en la victimología que se ocupa en general de los problemas de las víctimas de diferentes acontecimientos, entre los que la delincuencia se presenta como un mero aspecto».

23 Vid. Dorado Montero, P., «Indemnización a las víctimas del delito», «Riparazione alle vittime del delitto», Traducción y estudio crítico de R. Garofalo (1887), *op. cit.*

24 Vid. Art. 455 CP: 1. «El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.
2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos».

25 Vid. Preámbulo II, final, de la Ley 4/2015:

«Así pues, el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado.

Efectivamente, con ese foco de atención se ha podido advertir, y así lo traslada nuestra sociedad con sus demandas, una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición.

El horizonte temporal marcado por dicha Directiva para proceder a su incorporación al derecho interno se extiende hasta el 16 de noviembre de 2015, pero como quiera que esta norma europea, de carácter general, está precedida de otras especiales que requieren una transposición en fechas más cercanas, se ha optado por abordar esta tarea en el presente texto y añadir al catálogo general de derechos de las víctimas otras normas de aplicación particular para algunas categorías de éstas. Asimismo, se considera oportuno, dado que uno de los efectos de la presente Ley es la de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal, incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen

de los cuales se desprende que las víctimas ya no van a ser relegadas de la respuesta penal, por cuanto dicho texto legislativo pretende no solo responder a las exigencias mínimas que fija el legislador europeo (ver la Directiva 2012/29 UE ya citada), sino de un objetivo más ambicioso, trasladando las demandas y necesidades de la sociedad española, *en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado*. La aceptación de esta realidad legislativa, de preterición de la víctima en la respuesta penal, obliga a reconocer (en el texto legal que comentamos), *una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar, siendo oportuno hacerlo precisamente con motivo de dicha transposición, pretendiendo ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas del delito*.

Hace tan solo unos años era impensable ver juntos, en una misma sede física judicial, un órgano de enjuiciamiento del presunto autor del hecho delictivo, y una oficina de asistencia a la víctima (en Andalucía, las sedes del SAVA). Esta visibilización social de la víctima ha propiciado que la doctrina penal, y la criminología en particular, reflexionen sobre los sujetos del delito, que no es solo el autor del injusto, sino también el titular del bien jurídico dañado. Y abordado el estudio desde este nuevo presupuesto, las aportaciones de la criminología a la victimología parecen importante, pero también la aportación de la victimología a la criminología, al haber ampliado, de una manera fundamental, el alcance, el análisis y la investigación de la delincuencia. La reacción social contra la delincuencia, desde el primer contacto entre víctima y policía, hasta la fase jurisdiccional y procesal, plantean nuevos retos en orden no solo a la represión, sino a la prevención de las conductas antijurídicas. Ya no es asumible una política criminal obviando a la víctima de la respuesta penal. Solo el derecho al ejercicio de la acusación particular, como facultad procesal, no resulta suficiente. No es infrecuente asistir a la conformidad del acusado con los hechos y pena de la acusación pública, para conseguir una sustancial rebaja de la pena (y la posible suspensión condicional de la pena para no ingresar en prisión), y al no existir acusación particular, dictarse sentencia firme. Y en el caso de existir acusación particular, con petición de mayor pena dentro de los tramos legales, dictarse sentencia de acuerdo con la petición de la acusación pública aceptada por el acusado, aunque con el derecho a recurrir por la acusación particular. En ambos casos, dejando a la víctima asumiendo sola su propia acción reivindicativa procesal.

La figura de la negociación de la pena, y la conformidad con la misma por parte del acusado, el «*plea bargaining*»²⁶ propio del derecho procesal norteamericano, asumido también en el derecho procesal español fundamentándolo en la simplificación y economía procesal, no siempre es favorable a la víctima. A veces, las rebajas de la pena llegan a extremos mínimos y muy frecuentemente encaminados a evitar la entrada en prisión del agresor con la concesión de la suspensión condicional de la pena de privación de libertad, significando en la práctica que se aplica una justicia penal dispositiva —contraria a su prohibición— y propiciando una perver-

impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales, como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas»

26 Cfr. Ferré Olivé, J. C. «El *plea bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>, donde el autor, «analiza el fundamento y características del sistema de conformidad o *plea bargaining* de origen norteamericano, tanto en sus aspectos positivos como negativos. En particular se estudian los requisitos de la conformidad, su voluntariedad y su naturaleza jurídica. Se analiza el desplazamiento del juez como eje sustancial del procedimiento y la problemática de la condena a inocentes. También se hace referencia a la influencia de este sistema en el proceso penal español».

sión de la justicia penal, de la cual no es precisamente la víctima la beneficiaria, sino el agresor.

La víctima no puede seguir siendo la gran olvidada, la cenicienta del derecho penal.²⁷ El derecho victimal, a nivel internacional, tiene su punto de partida en la «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.²⁸ Actualmente, la dogmática penal evoluciona hacia la victimología,²⁹ hacia una nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz.³⁰

No se trata de volver a la justicia privada cuando se propugna el protagonismo de la víctima. Pero sí es necesaria la conciliación de la respuesta penal y la participación activa de la víctima, puesto que es la titular del bien jurídico protegido, y la represión penal del autor (con el efecto preventivo que conlleva) le atañe muy directamente. Las víctimas no son sujetos pasivos, sino sujetos activos de valores e intereses superiores, protagonistas axiológicos.

27 Cfr. Rodríguez Manzanera, L. «Derecho victimal y victimodogmática», en Revista Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 26. pp. 131-141, <https://www.ehu.es/documents/1736829/2177136/R+ManzaneraEguzkilore+26-15.pdf> quien mantiene que «en la última década del siglo xx, proliferan en todo el mundo las disposiciones legales que reconocen derechos a las víctimas, que en este siglo van llegando a gozar de una progresiva cobertura muy apreciable (México ha realizado ya cuatro reformas constitucionales, mejorando sustancialmente la situación jurídica). Los principios que guían al Derecho Victimal marcan su diferencia respecto del Derecho Penal, y son necesarios para lograr el respeto a la dignidad de la víctima, su efectivo acceso a la justicia, la creación de la necesaria legislación y su adecuada interpretación y aplicación».

28 Vid. «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Acceso a la justicia y trato justo.

«4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzará, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas»

29 Cfr. Beristain Ipiña, A. «La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, in dubio pro reo; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Universidad del País Vasco, n.º 1 (agosto-diciembre), 2008, indica: «En la dogmática penal del ayer, el axioma *in dubio pro-reo* significó un avance importante en la historia de la dogmática penal y ciencias afines, pues cercenó la violencia, la agresividad, la venganza, etc. La dogmática penal de hoy pretende, desde diversos puntos de vista, superar la dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas. Muchos gobernantes, políticos, sociólogos, juristas y teólogos no reconocen a las víctimas toda su dignidad *ex post*, por el hecho de su victimación. La hermenéutica victimal considera a las víctimas, en estas y/o similares circunstancias, como “protagonistas axiológicas” porque son sujetos activos de valores e intereses superiores».

30 Cfr. Beristain Ipiña, A., «La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n.º 14, 2006, pp. 65-86, en este sentido expresa que «Las visiones tradicionales de ética, conocimiento, justicia y paz, no han producido los resultados esperados dentro del conflicto penal. El desarrollo de la sociedad obliga a evolucionar las soluciones, razón por la cual, se deben buscar nuevas cosmovisiones y herramientas forjadoras de la naciente justicia restaurativa y la nueva paz».

La mujer que defiende su libertad, su integridad, su dignidad, y resulta agredida por un machismo injusto, y ve conculcados esos bienes jurídicos no puede ser considerada sujeto pasivo ni en la dogmática ni en la política criminal.

Quizás debamos reflexionar sobre la necesidad de elaborar un nuevo concepto de justicia penal. La ciencia penal y el desarrollo del Estado moderno proscribieron la venganza, el ojo por ojo, y todas las respuestas primitivas al actuar injusto. Y aportaron a la política criminal y a los códigos penales, hasta nuestros días, un modelo de justicia penal que ha civilizado y humanizado la pena aportando garantías procesales y principios penales de intervención mínima, presunción de inocencia, y de *in dubio pro-reo*, entre otros que conforman los pilares de un derecho penal moderno. Pero, al final, puede observarse que la respuesta penal al delito ha venido girando en torno al «dueto», delincuente-pena. A la víctima, como sujeto pasivo de la acción antijurídica se le otorgaba el derecho procesal de la acusación particular, y al resarcimiento económico. Pero en un proceso evolutivo de la delincuencia grave y repetitiva (terrorismo, violencia de género), y de una concienciación social de los perjuicios personales (y colectivos) de esa criminalidad incontrolable, surge la voz de las víctimas, organizadas en asociaciones civiles, políticas, y en movimientos sociales y mediáticos que han obligado a los poderes públicos a reelaborar la política criminal con cuerpos legislativos de protección integral de las víctimas (entre ellas, la ya reiterada Ley 1/2004), y a la doctrina abordar el estudio de la victimización como cuerpo científico sustantivo.³¹

Ya no es concebible una dogmática penal, o criminológica, sin mención alguna al estudio de la victimología, movimiento victimológico en expresión de la doctrina.³² La ecuación clásica castigo

31 Cfr. Tamarit Sumalla, «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», en *Ars Juris Salmanticensis, AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 139-160. Se refiere a «1. Un nuevo concepto de justicia: Desde finales del siglo xx los programas de justicia restaurativa han tenido un amplio desarrollo a nivel mundial. También han proliferado las críticas y se han publicado diversas evaluaciones empíricas, que invitan a una reflexión serena sobre sus potencialidades y sus límites. La irrupción de la justicia restaurativa nos ofrece la oportunidad de revisar la visión del mundo propia de la justicia penal convencional y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia. Pero la justicia restaurativa tiene variados y poderosos enemigos y debe asumir el reto de acreditarse ante las voces críticas o escépticas. La aprobación de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen los contenidos mínimos comunes del estatuto de la víctima, constituye una ocasión para revisar sus aspectos más problemáticos. Esta norma comunitaria, de obligado cumplimiento por los Estados miembros de la Unión Europea, expresa tanto las cautelas existentes en ciertos sectores ante estas nuevas prácticas de justicia como la voluntad de darles un decidido impulso. En este artículo vamos a examinar algunos de esos aspectos, con el objetivo de establecer las necesidades que se plantean ante la nueva Directiva, en particular en el contexto español.

Tras un análisis de la evolución que ha experimentado la teoría y la práctica de la justicia restaurativa, entiendo que esta sigue siendo una opción válida. En el mercado de los conceptos alternativos de justicia han surgido muchos competidores, bajo fórmulas como “jurisprudencia terapéutica”, “justicia procedimental”, “justicia comprensiva” o “colaborativa”, o los “tribunales de resolución de problemas”. La aparición de “nuevos paradigmas” no ensombrece la luz que aporta la idea de justicia restaurativa, sino que confirma la validez de su intuición original y refuerza su solidez, destacando como la solución más probada y que mejor soporta la crítica.

La justicia restaurativa se ve obligada a abrirse camino frente a las arraigadas concepciones en que se basan las viejas y todavía poderosas formas de la justicia penal.

La justicia restaurativa antepone las necesidades reales de los sujetos, la comunicación emocional, la ética del cuidado o los objetivos de pacificación sobre la concepción idealista de la justicia».

32 Cfr. Landrove Díaz, G., «Las víctimas ante el Derecho español. El movimiento victimológico», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 21, 1998, pp. 173 y ss.

https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4106/pg_173-214_penales21.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Landrove introduce una reflexión histórica, dura pero cierta, sobre el apartamiento de las víctimas de la repuesta penal: «Como es sabido, el nacimiento de la Victimología se vincula a la preocupación de algunos cultivadores de la Criminología y de la Sociología criminal por la víctima del delito, su personalidad y, sobre todo, sus relaciones con el victimario. Hasta entonces la víctima había sido ignorada por el Derecho Penal y Procesal, la Política criminal y la Criminología.

En concreto, el Derecho penal ha estado —y sigue estando, en gran medida— orientado hacia el delincuente. Con cierta crudeza ha llegado a esquematizarse la situación en los siguientes términos: en un caso de homicidio, por ejemplo, preocupa el homicida, su captura, enjuiciamiento, condena y rehabilitación. La víctima, por el contrario, no plantea problema alguno: basta con enterrarla.

Tal estado de cosas no es fruto de la casualidad; como subraya Hassemmer, el Derecho penal nace —precisamente— con la neutralización de las víctimas. En efecto, la concepción de la pena como garantía de un orden colectivo cuyo mantenimiento

legal es igual a justicia, debería ser revisada para incluir en un concepto integral de justicia la reparación adecuada a la víctima. Ya no se sostienen intelectualmente ni una política criminal, ni unas reflexiones doctrinales, sin un acercamiento positivo y emocional a la víctima del delito.

Tampoco puede el Estado moderno invocar que un cambio en el concepto de justicia integral fuese una aventura injustificada, arriesgando una estructura de respuesta penal ya consolidada y con unos efectos óptimos para la paz social. Las víctimas han renunciado a la venganza, pero no a ser oídas. Y mientras se clame por «justicia para las víctimas», no puede hablarse de paz social. Más de mil mujeres asesinadas entre los años 2003-2019 a manos de sus parejas, como delitos de violencia de género, no es precisamente una acreditación de paz social que el Estado pueda invocar para no evolucionar en el tratamiento penal de estas actuaciones antijurídicas.

Por otra parte, la presión internacional a través de instrumentos de aplicación directa o de trasposición necesaria no permite que los Estados puedan inhibirse de legislar sobre la adecuada protección a las víctimas y su protagonismo en la respuesta penal.

6. La legítima defensa de la víctima en la violencia de género.

Los delitos de maltrato sobre la mujer por su pareja, (maltrato no ocasional, sino mantenido en el tiempo durante la relación y después de ella) en sus dos vertientes típicas penal, maltrato físico y psíquico (art. 153 CP) puede convertir a la víctima en un rehén del maltratador, en una especie de secuestrada emocional con importantes consecuencias, y secuelas físicas y psíquica para la víctima. Esta agresión ilegítima, como otras que puedan producirse en el mapa delictivo general, puede tener el efecto de acción-reacción en forma de legítima de defensa por parte de la víctima, con una previsión legal de exención de responsabilidad criminal conforme al art. 20.4º CP.

Sin embargo, tanto de las exigencias del tenor literal del precepto como de la interpretación jurisprudencial que lo complementa, no parece, al menos *a priori*, susceptible de ser aplicado de manera pacífica a la reacción en un momento de no confrontación directa entre agresor y víctima. Los requisitos que exige la norma para la correcta aplicación de la eximente no son compatibles, a partir de la simple lectura de su literalidad, con la reacción en un momento distinto en el tiempo al de la agresión.

Se requiere agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla, y falta de provocación suficiente por parte del defensor. Estos tres elementos deben concurrir en la reacción del defensor agredido ilegítimamente, conforme a la doctrina clásica, para la aplicación de la eximente completa. A falta de alguno de ellos (generalmente, la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para impedirlo o repelerla), podría ser causa de una eximente incompleta, aplicándose como atenuante del art. 21.1ª CP.

corresponde al Estado, no aparece, obviamente, hasta el siglo XVIII y rompe con las fórmulas punitivas anteriores, al habilitar el enjuiciamiento de los delitos desde un punto de vista colectivo, ajeno a toda idea de odio o venganza contra el delincuente. Con anterioridad al reconocimiento del *ius puniendi*, estatal el castigo de los hechos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada y en un régimen de autotutela; en la administración de la justicia penal la víctima o sus allegados desempeñaban un papel protagonista. Así concebida la reacción penal, su crueldad se fue aminorando con el paso de los tiempos e instituciones que hoy parecen salvajes y primitivas, como el Talión, supusieron plausibles intentos de superar criterios pretéritos para los que la aplicación de la pena se hacía en forma absolutamente arbitraria por las propias víctimas.

En cualquier caso, el protagonismo de la víctima se va difuminando hasta casi desaparecer desde el momento en que el Estado monopoliza la reacción penal, prohibiendo a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses. Incluso instituciones tan obvias como la legítima defensa aparecen hoy minuciosamente regladas: la víctima de un ataque antijurídico puede defenderse –y en ocasiones con grave daño de su agresor– pero la ley impone el respeto de ciertos límites que, rebasados, acarrearán indefectiblemente responsabilidad criminal.

Paralelamente, entre los temas de estudio de la Escuela clásica (el delito, la pena y el procedimiento), de la positiva (el delincuente, sobre todo), y de la correccionalista (obsesionada con la corrección del delincuente), no se hizo un lugar a las víctimas de los hechos criminales. Abandono que habría de durar hasta bien entrado el siglo XX, tanto en la especulación criminológica como en la jurídico-penal. Y en España hasta casi el siglo XXI».

No obstante, lo que aparentan ser tres requisitos claros y determinados, en la práctica judicial puede dar lugar a interpretaciones subjetivas, especialmente al momento de la valoración de la «racionalidad» del medio para impedirlo o repelerlo, y de la simultaneidad en el tiempo de la agresión-defensa. El requisito de la proporcionalidad constituye un juicio de valor entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos.

La Sentencia del TS, Sala de lo Penal, sección 1, de fecha 8 de enero 2019, número 699/2018, revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en la que se aplicó solo una eximente incompleta a una mujer que se defendió de una agresión de su pareja.³³

La parte contraria alegaba que al haber cesado la agresión (la de él), no podía hablarse de legítima defensa (la agresión de ella) sino de vindicación, por lo que no cabría, en su opinión, causa de eximente en ninguna de sus dos tipicidades, completa o incompleta. El caso de esta sentencia abre la puerta para la apreciación de la legítima defensa, como causa de justificación o exclusión de la antijuridicidad, incluso en los supuestos de respuesta en los que la agresión ilegítima ha quedado interrumpida o cesada.

La doctrina clásica³⁴ postula que la agresión ilegítima debe ser presente o actual, no pudiéndose apreciar legítima defensa cuando la agresión ha cesado o aún no ha comenzado. Por lo que la necesidad de defensa justificativa solo se daría cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirle. Ilustrándose con el repetido caso de quien mata al agresor cuando éste huye, disparándole por la espalda.

Sin embargo, en los delitos de violencia de género de maltrato habitual puede estar sumergida la víctima en una situación de permanente agresión o de inminente agresión (física

33 Vid. Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 8 de enero 2019, número 699/2018, que revoca una Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección segunda: «SEXTO.- El tercer motivo del recurso de Penélope, como se ha anunciado, reclama que la legítima defensa se aprecie en su condición de eximente y no como mera atenuante. Se cumplirían todos los requisitos legales, incluida la necesidad racional del medio que es lo que llevó a la Audiencia a no aplicar el art. 20 CP, sino el 21.1. En posición antagónica el otro recurrente niega que pueda ser apreciada ni en su forma completa ni en la incompleta: la agresión habría cesado ya. Por tanto, no puede hablarse de legítima defensa; sino en todo caso de vindicación. Las actitudes amenazadoras o las mismas amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato pueden integrar la agresión ilegítima recogida en el art. 20.4º CP como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa, si las circunstancias que las rodean son tales que permiten llevar al amenazado a la razonable creencia de un acometimiento o ataque cuya inminencia no es descartable (ssrs 11 de octubre de 1986; 22 de enero de 1987; 14 de febrero de 1989; 3 de abril de 1992). En este caso la agresión que se estaba llevando a cabo se había interrumpido. No afirma el hecho probado que hubiese finalizado. El adverbio momentáneamente que se consigna al referir cómo el agresor deja el cuchillo, parece sugerir que no se trataba, al menos en apariencia, en la percepción que pudiera tener Penélope, de un abandono del arma por darse por finiquitado el episodio. Eso lleva a la Audiencia con acierto a considerar que estábamos ante una agresión actual a los efectos del art. 20.4 CP. Todavía no podía considerarse cesada. Hay que combinar eso con las amenazas que acababan de salir de labios del agresor y que se referían a un futuro muy próximo o inmediato, así como con las circunstancias de lugar y tiempo que invitaban a creer en la real posibilidad de que ese propósito anunciado fuese efectivamente cumplido. La agresión padecida unida a la amenaza emitida (y percibida como factible de ser culminada enseguida) componen un escenario en el que se puede hablar con rigor y propiedad de la agresión ilegítima erigida en presupuesto esencial de una legítima defensa. Estas consideraciones hacen claudicar la objeción del recurrente (sts 205/2017, de 28 de marzo). SÉPTIMO.- Mejor destino aguarda a la queja de la recurrente. Ciertamente si nos atenemos rigurosamente al hecho probado no puede hablarse de desproporción en la reacción. La necesidad racional del medio ha de ser medida no como en un laboratorio, sino *in casu*, situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias (alternativas, situación, posibilidades). Aquí exigir de la víctima, de menor fortaleza física que el agresor, arrojada al suelo y anulada por Gumersindo, otro medio de defensa que el que se le presentó cuando se percató de que el cuchillo que había tenido situado en el cuello fue soltado por el agresor, no parece ponderado. No es sencillo imaginar otra acción defensiva idónea. Máxime si se tiene en cuenta –en apreciación que ha llevado a la Sala a modificar el título de imputación considerando que son unas lesiones– que solo causó una herida leve y que tras comprobar que la agresión, ya sí, debía tenerse por cesada y el peligro conjurado, depuso esa actitud sin intentar realizar nuevos apuñalamientos y auxiliando a Gumersindo (vid. sts 593/2009, de 29 de mayo). Hay razones para apreciar la eximente del art. 20.4 CP y absolver a la recurrente, acogiendo así también la adhesión que a este punto ha exteriorizado el Fiscal».

34 Cfr. Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 349.

o psicológica) lo que no permite *prima facie*, descartar absolutamente la aplicabilidad de la eximente en caso de respuesta proporcionada. Las actitudes amenazadoras constantes, las amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato, puede integrar la agresión ilegítima del art. 20.4º CP como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa (Sentencia TS 699/2018 ya citada).

Por tanto, analizando el requisito de la contemporaneidad de la agresión ilegítima-respuesta con *animus defendendi*, y no necesariamente vindicativo, y pudiendo apreciarse que en algunos casos (especialmente en los de maltrato habitual que aquí estudiamos), puede no concurrir esa sincronización en el tiempo agresión-respuesta, se abre un portillo (quizás discutible en algún sector de la doctrina científica) para apreciar la legítima defensa en acciones llevadas a cabo por la víctima de violencia de género sin mediar, solo en ese preciso y único instante, la agresión ilegítima que sirve de base, como uno de los requisitos legales, a la exclusión de la antijuridicidad.

Y precisamente, por cuanto estaríamos ante supuestos de legítima defensa, y no de exculpación, es por lo que la respuesta de la víctima también tendría amparo doctrinal en la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcado por la agresión antijurídica.³⁵ Cuando el Estado, que por tener la exclusividad del poder sancionador, y que por ello asume el deber de asegurar la paz social y la seguridad de los ciudadanos, no alcanza a impedir los actos continuos y repetitivos de violencia de género, no puede exigirle a la víctima una actitud pasiva a la espera solo de la respuesta judicial que en su momento llegue. Cuando los mecanismos preventivos públicos fallan, es comprensible la aparición de casos en los que la respuesta se aparte de los modelos tradicionales estudiados tanto por la ciencia del derecho penal como por la jurisprudencia.³⁶

En casos extremos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 166/2010, de 8 de noviembre del 2010,³⁷ del Tribunal del Jurado, absuelve a una mujer víctima de malos tratos, que causa la muerte de su marido.

35 Vid. En ese sentido Muñoz Conde, F., «La legítima defensa, fundamento y naturaleza», *op. cit.*, p. cit.

36 La exigencia legal y jurisprudencial (esta última, aunque con variantes, en función de los hechos concretos enjuiciados), se fundamentan, básicamente, en alejar de la legitimidad jurídica de la acción de defensa a la acción de venganza. Echeburúa (*op. cit.*, p. cit.), desarrolla también una reflexión en torno a esta misma reacción.

37 Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 166/2010, de 8 de noviembre del 2010.

«Hechos probados:

De conformidad con la valoración que de la prueba practicada en Juicio oral y público han realizado los 9 miembros del Jurado y ateniéndome al resultado del acta de votación leída en audiencia pública, y que recoge su veredicto, debo declarar y declaro probados los siguientes hechos: 1.- La acusada, M.P.M.R., contrajo matrimonio canónico con J.A.G.S. el 20 de octubre de 1965, cuando tenía 19 años y se encontraba embarazada, y ambos convivían en el domicilio situado en la calle 000 núm. 001, de la localidad de Tafalla. 2.- Desde el principio del matrimonio la Sra. M.P.M.R. ha venido recibiendo por parte de su marido múltiples agresiones físicas y vejaciones morales de todo tipo y condición. 3.- Dichas agresiones y vejaciones se extendieron hasta la madurez de sus cuatro hijos mayores, con diferente intensidad según los casos. 4.- M.P.M.R. no se atrevió nunca a formular denuncias ante la Policía ni a solicitar la separación o divorcio, debido a la educación recibida y profundas convicciones religiosas.

5.- Entre las 21 horas y las 21:40 horas del día 2 de noviembre de 2009 M.P.M.R. y su esposo, J.A.G.S., mantuvieron una fuerte discusión en su domicilio de la calle 000 núm. 001 de la localidad de Tafalla. 6.- Durante la expresada discusión J.A.G.S. propinó a M.P.M.R. una fuerte bofetada con la mano derecha. 7.- Dicha bofetada hizo que M.P.M.R. perdiese el equilibrio y se golpeará con la mesa. 8.- M.P.M.R. no inició ni provocó en ningún momento la pelea que acaeció en el domicilio. 9.- Acto seguido M.P.M.R., sin buscarlo a propósito, cogió un cuchillo de cocina que se encontraba casi al lado de donde ella se apoyó. 10.- M.P.M.R. cogió el cuchillo con ánimo de defenderse y, tratando de conseguir que J.A.G.S. desistiera de la agresión, le manifestó “no me vuelvas a poner otra vez la mano encima”. 11.- En ese momento J.A.G.S. se abalanzó nuevamente sobre su esposa y ésta, para evitar que continuara la agresión, estiró el brazo derecho con el cuchillo en la mano, causándole una lesión erosiva en la cara anterior externa del brazo izquierdo. 12.- J.A.G.S. agarró a M.P.M.R. del brazo derecho –en cuya mano llevaba el cuchillo–, causándole dos hematomas. 13.- A continuación, M.P.M.R., cambiándose el cuchillo de mano, retiró hacia atrás el cuchillo que mantenía en alto y él le propinó un nuevo empujón que le desplazó hasta la zona de la fregadera de la cocina. 14.- Una vez allí el Sr. J.A.G.S. la agredió nuevamente en el brazo izquierdo causándole un hematoma más. 15.-

Las situaciones en las que viven muchas mujeres maltratadas, de permanente o intermitente agresión física o psíquica, obliga a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la posible respuesta de la víctima. La inexistencia al tiempo preciso de la respuesta de una agresión ilegítima no puede excluir automáticamente la legítima defensa, aunque no es descartable que pueda concurrir un miedo insuperable, por ejemplo, debiendo quizás apreciarse una causa de exculpación, o incluso un estado de necesidad, todavía dentro de la exclusión de la antijuridicidad.

La doctrina, abordando el análisis de la legítima defensa en la violencia doméstica,³⁸ considera que la falta de la actualidad de la defensa (con respecto a la agresión), no es un requisito autónomo, sino exclusivamente una forma de precisar la necesidad de la defensa. La casuística brinda supuestos en los que la acción de la víctima de maltrato habitual, movida por el *animus defendendi*, lleva a cabo su defensa cuando le es posible defenderse, quizás en la única ocasión que pueda hacerlo, habida cuenta de su inferioridad física y dependencia psíquica, y en otros órdenes, del maltratador.

En el ámbito territorial interamericano, conformado en la Organización de Estados Americanos (OEA), la «Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI»,³⁹ sobre le-

Como consecuencia de estos hechos la acusada sufrió unas lesiones consistentes en un hematoma en tercio inferior de brazo izquierdo, hematoma en cara lateral externa de la rodilla izquierda de 4 por 5 cm, herida periungueal de 0,2 de longitud en dedo de mano derecha y dos hematomas en el brazo derecho. Lesiones que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa y que tardaron en curar 5 días sin secuelas y sin incapacidad para sus ocupaciones habituales. 16.- En el curso de la discusión descrita, M.P.M.R. creyó fundadamente que J.A.G.S. iba a agredirle y actuó en todo momento para evitar que J.A.G.S. le agrediera, sintiendo tal temor al pensar que iba a hacerlo en ese momento que ello le provocó una leve disminución de su voluntad. 17.- M.P.M.R. ejecutó directa y materialmente, por sí misma, la acción de clavar un cuchillo, de los utilizados para cortar el pan, con una longitud total de 25 cm., 13 cm. de empuñadora y 12 cm. de filo, en la zona del pulmón izquierdo, concretamente en la línea medio clavicular del segundo espacio intercostal, de J.A.G.S., causándole la muerte por hemorragia masiva ocasionada por la sección del paquete vascular pulmonar del pulmón izquierdo. 18.- M.P.M.R. llamó al 112 comunicando los hechos sucedidos. 19.- Dicha llamada se produjo antes de que se hubiera iniciado ningún tipo de procedimiento policial o judicial contra M.P.M.R. 20.- Inmediatamente de haberse producido los hechos, M.P.M.R. taponó la herida de su marido con trapos y toallas, tratando de evitar la muerte de éste, solicitando por teléfono la presencia de una ambulancia. 21.- M.P.M.R. ha resarcido íntegramente los perjuicios morales y económicos producidos a los 5 hijos por la muerte de su padre. Asimismo, con arreglo al veredicto emitido por el Jurado, no ha sido probado: ni que durante la discusión y forcejeo relatados la acusada hubiese dirigido el cuchillo contra J.A.G.S.; ni que se hubiese representado como altamente probable o como posible que durante el forcejeo se clavara el cuchillo en el pecho de J.A.G.S.

38 Cfr. Larrauri Pijoan, E., «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho penal», *Rev. Jueces para la democracia*, n.º 23, 1994. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598> [...] diversas autoras penalistas han reaccionado preguntándose en base a qué razones el marido que ha estado apalizando a su mujer puede alegar lo “inesperado” del ataque.

Finalmente, es también destacable la insuficiente fundamentación con la cual los Tribunales rechazan la alegación de la eximente de legítima defensa.

En todas las sentencias consultadas he podido ver que los casos más dramáticos en los que la mujer ha matado para protegerse y especialmente para proteger a sus hijos, el Tribunal ha considerado normalmente la aplicación de la eximente de trastorno mental transitorio para producir una atenuación o exención de la pena.

Ello es indudablemente un recurso expeditivo. Sin embargo, quisiera observar que con ello se hurta el debate de si la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, mata a su marido, está justificada, excusada, o ninguna de las dos, por el Derecho.

Esta problemática queda relegada al ámbito de la patología individual y con ello las mujeres aparecen, tras su paso por el sistema penal “trastornadas”.

El argumento más usado para negar la legítima defensa es la falta de la actualidad de la agresión. La sorpresa, en este caso ya menor, que produce este razonamiento es similar a lo expuesto en las dos notas anteriores. ¿Cómo puede exigirse que la agresión sea actual, en el sentido de estar produciéndose, y pretender que la mujer acabe con vida? Con razón ha declarado el Tribunal Supremo norteamericano que exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer maltratada a “una muerte a plazos”.

39 *Vid. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)*, de la OEA, 1994, Documento digital: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (sitio de su adopción en 1994), define la violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

gítima defensa y violencia contra las mujeres, ha reconocido que la violencia contra las mujeres en la región continúa siendo una realidad, particularmente visible en lo que respecta al feminicidio, y especialmente, aunque no exclusivamente, a la violencia cometida por parejas o exparejas sentimentales en contra de las mujeres.⁴⁰

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, también conocida como la Convención de Belém do Pará,⁴¹ entró en vigor en 1995. La Convención afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y que limita de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres. La Convención, además, define la violencia como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Y en ese marco de reconocimiento de la violencia contra las mujeres, aborda el análisis de la respuesta judicial ante la aplicación de la eximente de legítima defensa, llamando la atención el Comité de la situación que se viene produciendo en el caso de que muchas mujeres, que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de violencia de género, (es decir, de respuesta ante una agresión ilegítima), resulten procesadas por el delito de homicidio o de lesiones, a pesar de haber actuado en legítima defensa, propia y de la de sus hijos.⁴² Además de los problemas estructurales en el acceso a la justicia de mujeres en diversas regiones. Destacando el Comité la necesidad de llamar la atención de las organizaciones gubernamentales que componen la OEA de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en esos juicios.⁴³

Propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

40 Vg. En México, según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre enero y julio de 2019, se produjeron 1610 «presuntas víctimas mujeres de homicidio doloso: tendencia nacional». <https://drive.google.com/file/d/1BrVmYqc4oVTWYlAXiPabXX71hWaWOaB5/edit>

41 Vid. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*, 1994. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

42 En el apartado C del informe de la Convención, *cit.*, «Valoración de pruebas con perspectiva de género aplicada a procesos penales y legítima defensa», se concluye: «El CEVI llama la atención sobre la necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres, que las impide gozar de sus derechos en pie de igualdad con los hombres. Esto demanda un esfuerzo en la valoración de las pruebas en situaciones de legítima defensa; especialmente, cuando la legítima defensa se alega en el marco de relaciones abusivas y en el ámbito doméstico. No valorar las pruebas de un caso con un enfoque de género apropiado conlleva a reproducir sesgos que invisibilizan la violencia contra la mujer, contribuyendo a la imperante impunidad que rodea este fenómeno. Esto es sumamente problemático si se tiene en cuenta que la impunidad perpetúa estereotipos negativos sobre las mujeres que terminan, de alguna manera, culpabilizándolas o victimizándolas de su propia agresión...» Y en el apartado D. Conclusiones y recomendaciones: «Aplicar la perspectiva de género en los procesos de juzgamiento donde las mujeres víctimas de violencia son acusadas de matar o lesionar a sus agresores en legítima defensa de sus derechos o de terceros (esto último incluye cuando las mujeres defienden la vida o integridad física de sus hijos, hermanos, madres y está relacionado con el femicidio en relación, ya que como sabemos el agresor en vez de matarla a ella intenta matar a personas de su círculo íntimo como acto de sufrimiento hacia la mujer), exige un cambio de paradigma o cristal con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley penal y procesal, erradicando de todo razonamiento la aplicación de estereotipos de género que imperan en nuestra sociedad y en el sistema de justicia en particular. Es decir, incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, ya que la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial de juzgamiento. Para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser una herramienta útil».

43 Diversos tribunales han identificado estas situaciones y han aplicado dicha perspectiva en sus sentencias, tomando nota del contexto de violencia de género en el que se encontraban las mujeres. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ha sido enfática en que las mujeres que sufren violencia doméstica y enfrentan cargos penales por haber agredido a sus victimarios deben ser juzgadas con perspectiva de género. La Convención, en su artículo 4 menciona el derecho de las mujeres a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral, así como su derecho a la «igualdad de protección ante de la ley y de la ley». Asimismo, en su artículo 7 menciona la obligación de los Estados Parte de tomar todas las medidas

En ese sentido, es destacable la Sentencia de fecha 16 de noviembre del 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras («Campo algodoner»), vs. México.⁴⁴ En dicha Sentencia en su disposición 12, dispone que la investigación deberá incluir una perspectiva de género, y emprender líneas de investigación específicas respecto a la violencia sexual, realizado por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a las víctimas de discriminación y violencia por razón de género.

7. La legítima defensa como exclusión de la venganza

La exigencia legal y jurisprudencial (esta última, aunque con variantes, en función de los hechos concretos enjuiciados), se fundamentan, básicamente, en alejar de la legitimidad jurídica de la acción de defensa a la acción antijurídica de venganza. Sin embargo, el deseo de venganza, siendo como es una reacción psicológica de la víctima en muchos casos inevitable, y hasta comprensible, es una acción que imposibilitaría la paz social, debiendo transformarse el deseo de venganza en deseo de justicia. Y en justa correspondencia a la renuncia a la venganza, como inevitable obligación social, debe nacer un concepto de justicia sin preterición de la víctima.

Pero el problema radica en si la justicia se consigue con mayor pena del agresor⁴⁵ o con mayor atención social de la víctima, debiendo considerarse como dos respuestas diferenciadas: la penal, conforme a su estructura normativa y dogmática actual, y la atención social de la víctima con un sistema integral de protección.

necesarias para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, así como la obligación de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Asimismo, en repetidas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delineado la obligación de análisis de pruebas con perspectiva de género.

El CEVI analizará las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención de asegurar el acceso de las mujeres a la argumentación de la legítima defensa en aquellos casos en los que, como respuesta a la situación de violencia vivida, hayan incurrido en dicha conducta. Para ello, primeramente, se analizarán los requisitos para la configuración de legítima defensa de acuerdo a la teoría del derecho penal desde el derecho comparado tomando en cuenta resoluciones emitidas por tribunales nacionales en la región, así como a la luz de los estándares de la Convención. Seguido, se hará énfasis en la valoración de la prueba con perspectiva de género y, por último, se presentarán conclusiones y recomendaciones sobre las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención en el tema referido.

44 Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso González y otras («Campo algodoner») vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf Donde se resuelve: «El Estado deberá, conforme a los párrafos 452 a 455 de esta Sentencia, conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las jóvenes González, Herrera y Ramos, conforme a las siguientes directrices:

- i) se deberá remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;
- ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta Sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;
- iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y
- iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso».

45 Cfr. Cerezo Mir, J., «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, n.º 22, julio 2008. Documento digital: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11987/Reflexiones.pdf?sequence=2>

La renuncia a la venganza personal es algo superado por la historia. Entre la legítima defensa y la venganza media el contrato social⁴⁶ y el monopolio de la violencia por el Estado como respuesta pública en una sociedad moderna y civilizada. Pero es innegable que el Derecho Penal y la doctrina han experimentado una mayor atracción socio-jurídica por los delincuentes que por las víctimas. La preocupación científica por la victimología es de época reciente, mientras que el estudio del delito, el delincuente y la pena han sido los objetos de estudio clásicos desde siglos atrás.

En el actual Código Penal hay algunas previsiones legales, como la reparación del daño inferido a la víctima, como atenuante de la pena para el agresor, conforme al art. 21.5^a CP, que tiene su fundamento en la política criminal tendente a minorar el efecto en la víctima de la acción antijurídica. Es una disposición de la norma sustantiva de protección de la víctima, persiguiendo la reparación posible del daño, con el correlativo beneficio para el agresor de una menor punición. La sentencia del TS, Sala segunda de lo Penal, de fecha 24 de marzo del 2010, número 239/2010,⁴⁷ recoge los requisitos que deben concurrir para su apreciación, pero presta especial atención al fundamento último de la atenuante, que es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

La indemnización civil de los artículos 110 a 115 CP no es una respuesta penal suficiente (y a veces, imposible por insolvencia del autor) reparadora de la humillación sufrida por la víctima, ni de las lesiones o secuelas físicas o psíquicas permanentes que arrastrará posiblemente durante toda su vida. No es mala combinación normativa *reparación vs. pena*, sobre la que quizás no sea ocioso profundizar y acercarnos a la justicia restaurativa por vía normativa, a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Podría significar un reconocimiento activo de la víctima en la respuesta penal, sin el temor de convertir un acto de justicia reparadora en venganza.

Caso aparte es la violencia de género feminicida.

La visibilización de la víctima del delito, en el caso que nos ocupa, de violencia de género, es irreversible. La concienciación social sobre el estado de la víctima de esa injusta agresión va en aumento y de forma imparable. Esta presión de la opinión pública irá configurando un nuevo tratamiento doctrinal que encauce una política criminal sin excesos, pero sin

46 Vid. Rousseau, J. J., «El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber». Documento digitalizado: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20EI%20Contrato%20Social.pdf>

47 Vid. STS Sala segunda de lo Penal, de fecha 24 de marzo del 2010, número 239/2010, donde se señala: «El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS. 1112/2007 de 27.12 [...] Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003 de 28.2 entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.

Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad».

olvidos injustos. A veces las víctimas resultan «incómodas» en una sociedad de bienestar,⁴⁸ donde es menos inquietante pensar que esas cosas solo les ocurre a «los otros», hasta que ponen una bomba en un supermercado (en delitos de terrorismo), o un familiar o vecina es objeto de maltrato, o asesinada. La comunidad debe ser solidaria con las víctimas, y esa solidaridad debe abarcar todos los aspectos de la respuesta legal al delito.

8. Consideración final

La necesidad de la autotutela personal de la víctima está claramente superada por la evolución de la sociedad tras alcanzar un alto nivel de convivencia pacífica ordenada por la Ley. La respuesta al delito ya no es una cuestión privada, pero es innegable que el Estado no llega de manera eficaz hasta los últimos lugares de su territorio ni puede controlar las conductas de todos sus ciudadanos. En los casos más extremos asistimos a los denominados Estados fallidos donde las organizaciones criminales sustituyen a los poderes públicos. Y en ellas pueden pulular sujetos marginados⁴⁹ nada recatados a la hora de cometer actos delictivos, a los cuales la amenaza legal de la pena no les impide ningún actuar. Sean considerados enfermos, sectarios, gentes sin honor, o incursos en cualquier clasificación social, resulta fácilmente pronosticable que no van a asumir como valor propio el respeto a la igualdad de hombre y mujer, y atentar contra la vida o integridad de la mujer puede no causarles ninguna reserva. Y cuando el Estado no alcanza a proteger al ciudadano, este tiene el derecho y el deber de protegerse para dejar de ser víctima.

La violencia de género en su fase previa de maltrato continuado, con alto riesgo de final letal, puede ser respondida. Y la Ley no es ajena a esa reacción a la acción injusta. Con la medida y proporcionalidad que la norma exige puede explicarse, y en casos especiales justificarse, una reacción como respuesta a la acción antijurídica.

Referencias

- Beristain Ipiña, A., «La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, *in dubio pro reo*; hoy, pro víctimas; mañana, las víctimas protagonistas)», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Universidad del País Vasco, n.º 1 (agosto-diciembre), 2008.
- Beristain Ipiña, A., «La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n.º 14, 2006.
- Cerezo Mir, J., «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, n.º 22, julio 2008. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11987/Reflexiones.pdf?sequence=2>
- Dorado Montero, P., «Indemnización a las víctimas del delito», «Riparazione alle vittime del delitto», Traducción y estudio crítico de Garófalo, R. (1887), *Revista La España moderna / Revista Ibero-Americana*, 1905. <http://fama2.us.es/fde/indemnizacionALasVictimas.pdf>
- Echeburúa y Redondo, E. / Cruz-Sáez, M.S., «De ser víctimas a dejar de serlo: un largo proceso», en *Revista de Victimología | Journal of Victimology*. DOI 10.12827-rvjv-1-03. www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
- Ferré Olivé, J. C., «El *plea bargaining* o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de

48 Vid. Echeburúa y Redondo, E. «De ser víctima a dejar de serlo: un largo proceso», *op. cit.*, p. cit., señala: «En una sociedad de bienestar económico las víctimas son incómodas para la gente porque recuerdan la fragilidad del ser humano y exponen con toda su crudeza la falta de límites de la crueldad humana. La normalidad de la vida cotidiana de una persona puede verse rota de modo abrupto y sin sentido alguno. Las víctimas han sido desatendidas porque la fascinación por el agresor y la atracción morbosa por la violencia son una cortina de humo que ha ocultado a la víctima».

49 Cfr. Núñez Paz, M.A. y Alonso Pérez, F., «Concepto de 'marginado'», en *Nociones de Criminología*, Madrid, Colex, 2002, pp. 355-358.

- conformidades *low cost*», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 20-06, 2018. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>
- Gracia Ibáñez, J., «Justicia y política de la compasión en relación con las víctimas», en *Revista de victimología | Journal of victimology*, DOI 10.12827-rvJV-1-03. www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
- Hassemer, W., «Consideraciones sobre la víctima del delito», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46360>
- Landrove Díaz, G., «Las víctimas ante el Derecho español. El movimiento victimológico», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 21, 1998. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4106/pg_173-214_penales21.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Larrauri Pijoan, E., «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 12, 2003. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216928>
- Larrauri Pijoan, E., «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho penal», en *Rev. Jueces para la Democracia*, n.º 23, 1994. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598>
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Núñez Paz, M. A. y Alonso Pérez, F., «Concepto de marginado», en «*Nociones de Criminología*», Madrid, Colex, 2002.
- Panero Gutiérrez, R., «Sobre los delitos privados en el Derecho Romano, *delicta privata*», «La justicia privada y su evolución. Esfera Penal», en *Derecho Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2004
- Peters, T., «Criminología y Victimología», Resumen de la mesa redonda: *Aportaciones de la criminología a la victimología*, Katholieke Universiteit Leuven. Documento digitalizado: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/10+-+Criminologia+victimologia.pdf>
- Rodríguez Manzanera, L., «Derecho victimal y victimodogmática», en *Revista Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 26, Encuentro Internacional «Hacia una justicia victimal», Homenaje al Prof. Dr. h. c. Antonio Beristain, 2012. <https://www.ehu.es/documents/1736829/2177136/R+ManzaneraEguzkilore+26-15.pdf>
- Rousseau, J. J., «El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber». Documento digitalizado: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>
- Tamarit Sumalla, J., «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, n.º 1, 2013, ISSN-e 2340-5155, pp. 139-160.
- Walker, L., *The battered women*, New York, Harper & Row Publishers, 1979.

DERECHO PENAL CENTRAL



La cocaína como abrepuestas: sobre el origen global de la problemática de las drogas a partir de la cuestión del opio en Asia¹

Cocaine on the road: on the global origin of the drug problem from the opium issue in Asia

SEBASTIAN SCHEERER

 Universidad de Hamburgo (Alemania)

RESUMEN

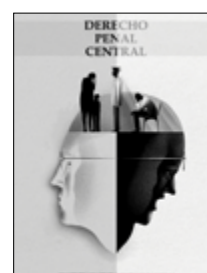
La transformación de la «cuestión del opio» del siglo XIX en el «problema de las drogas» del siglo XX supone normalmente una consecuencia natural de la creciente oferta y demanda de sustancias psicoactivas. Desde un punto de vista alternativo, esta visión hegemónica será rebatida al enfatizar las contingencias de la concreción del problema social y al poner hincapié, en cómo la confluencia de diferentes factores podría haber ocasionado un giro distinto en el decurso del fenómeno. En especial, el surgimiento del régimen prohibicionista internacional de la cocaína (1909-1919) y la definición habitual del «problema de las drogas» con base en rivalidades comerciales y paradojas históricas, y cuyo devenir dio paso a la inclusión políticamente motivada de la cocaína en la Convención de La Haya de 1912 y, en consecuencia, allanó el camino no solo para el surgimiento de la ley de narcóticos actual, sino también para la incorporación de innumerables sustancias estupefacientes y la visión mundial del problema que se da por sentada en la actualidad

PALABRAS CLAVE: drogas, cocaína, ley de narcóticos, sustancias estupefacientes.

ABSTRACT

The transformation of the 19th century's «opium question» into the 20th century's «drug problem» is normally seen as a mere response to growing availability of and demand for psychoactive drugs. This hegemonic view is being challenged by an alternative perspective that stresses the contingencies in the constitution of the social problem and reveals how, at different crossroads, things could have taken quite a different turn. Using the emergence of the international prohibition regime over cocaine (1909-1919) it is shown how the politically motivated inclusion of cocaine in The Hague Convention of 1912 paved the way for an otherwise highly improbable “world law” against numerous psychoactive drugs as well as for the emergence of the very category of «drug problem» which otherwise possibly never would have come into existence.

KEY WORDS: drugs, cocaine, narcotics law, narcotic substances.



Recibido: 25/02/2022
Aceptado: 15/03/2022

1. Problema social y la problemática de las drogas.

El problema de las drogas ocupa una parte importante de nuestro acontecer cotidiano y constituye una problemática reconocida, urgente y cuyo minucioso manejo burocrático permite difícilmente imaginar su desaparición, especialmente en el ámbito de la política y la administración pública.

1 Traducción de Eliana Alba Zurita. Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla y máster en Criminología y Ciencias Forenses por la Universidad Pablo de Olavide.

Esto no siempre ha sido así. Uno llega a preguntarse desde cuándo acaece el problema de las drogas, así como la razón por la que algunas drogas están prohibidas a nivel mundial y otras solo a nivel regional. Así mismo, ¿por qué están prohibidas las drogas que están prohibidas y permitidas las que están permitidas? En el mismo sentido, ¿es realmente el abuso de drogas y la adicción a las sustancias un fenómeno del siglo xx?

Al respecto, la respuesta dependerá de lo que se quiera entender por el término «problema de las drogas». Así, el consumo de sustancias psicoactivas parece haber existido desde tiempos prehistóricos. Sin embargo, sería muy atrevido sacar conclusiones sobre la antigüedad de esta problemática. Las sociedades premodernas tenían controles sociales muy efectivos sobre el uso de drogas, al haber integrado culturalmente sustancias potentes y con ello, evitado los riesgos provenientes de su uso. Inclusive en China, donde el uso del opio tendría consecuencias devastadoras en el siglo xix, esta sustancia había sido consumida durante siglos sin acarrear ningún problema de carácter social (cf. Sonnedecker, 1963).

Dada la diferente naturaleza de las crisis de drogas europeas de los siglos xvi y xvii (cf. Austin 1982), es probable que dicha suposición esté justificada, ya que fueron las revoluciones de los siglos xvii y xix las que desencadenaron este fenómeno, porque el consumo de drogas ya no podía controlarse de forma efectiva mediante reglas o rituales. En términos generales, el hombre solo piensa en como «el aguardiente» del «hombre blanco» contribuyó al exterminio de los indios americanos, en el alcoholismo generalizado en los países industrializados (gin en Inglaterra, brandy en Alemania), en las peculiaridades del consumidor y adicto al éter (ätherfritze) en Berlín o en lo antes referido sobre fumar opio en el Lejano Oriente.

Al mirar en retrospectiva, el problema de las drogas podría tener alrededor de 200 años. Si cualquiera que hubiese abordado el fenómeno de las drogas —o problema de narcóticos— hace 200 o incluso 100 años con la misma naturalidad que es posible hoy en día en todo el mundo, seguramente no habría sido entendido. Hace 100 años nadie hubiese entendido lo que significa el término «problema de las drogas». En este contexto, al menos, la descripción del problema es un logro, una innovación, un invento del siglo xx. Esto no tendría mayor importancia, si el nivel de las denominaciones pudiese separarse fácilmente de la realidad objetiva. Por esto resulta imposible, especialmente en el ámbito de los problemas sociales, ya que existe evidencia que detrás del cambio de una palabra y un concepto, también se altera esa realidad.

1.1. El supuesto y la problematización

Ciertamente, los problemas sociales se refieren a hechos, pero no se agotan en su pérdida de efecto en la realidad, ya que se trata de «problemas» que necesitan ser problematizados para su surgimiento. En primer lugar, solo cuando la opinión ha prevalecido, en específico, cuando ciertos actores han afirmado su opinión sobre una determinada parte de la realidad que debe ser cambiada, combatida o abolida con urgencia —la pobreza, la falta de vivienda, la prostitución, la pornografía, la mortalidad infantil y el abuso de menores (en épocas pasadas no se podía olvidar también a la homosexualidad al enumerar los problemas sociales)—, solo entonces, el hecho social se convierte en un problema social.

Sin embargo, los problemas sociales son, si se quisiera ver de esta forma, la suma de los hechos y la problematización, y el significado constitutivo de este último aspecto suele parecer trivial para la conciencia cotidiana. En cierta medida, la práctica actúa sobre el fundamento empresarial de las definiciones de los problemas que ya se han hecho. Cualquier meta-tematización equivaldría a relativizar y perturbar esta base de acción y podría tener

un efecto negativo en la motivación para enfrentar el problema. Es de poca utilidad para el practicante y el científico saber que el problema social, objeto de su investigación, consiste no solo en una determinada configuración de actores y estructuras, sino que dicho enfoque tiene que ser definido y tratado, incluso por terceros expertos, para convertirse en una «problema social». Por lo tanto, en ocasiones ambos tendrán como tendencia, el no apreciar la problematización de unos hechos sociales como un aspecto independiente, sino «el facto» o «el hecho», de que algo «es un problema» como una propiedad inherente a la realidad objetiva y, por tanto, a ontologizar el problema social.

No son pocos los casos en los que el «conocimiento» requiere urgentemente una intervención específica en una situación objetiva, es decir, derivada del propio asunto. Estos son los casos en los que, al mirar hacia atrás, nos comenzamos a preguntar, reiteradamente, sobre la razón por la cual aquel comportamiento fue definido con tanta intensidad como un problema social en ese momento. El ejemplo clásico de un problema social, la homosexualidad, pertenece al grupo de meta-tematización, en las que la propia definición del problema anterior o en curso, por sí misma, se convierte en un objeto de problematización (cf. Schetsche, 2008). Por esta razón es posible prever que «tiene sentido», contra una inequívoca presión del mercado en vías de cosificación de los problemas sociales, apegarse a una sociología reflexiva y prestar siempre atención a cómo las situaciones y configuraciones se construyen a través de los logros de la problematización, la definición de procesos y el curso conflictivo de intereses políticos.

De lo anterior, para el análisis histórico del problema de las drogas, no se debe descartar los cambios en la designación lingüística en una situación determinada y tampoco considerarlo como algo secundario, sino como un posible indicio de procesos sociales más profundos. Si hace 100 años hubiesen existido varios problemas con las drogas, seguramente aún no hubiese una categoría abstracta para ello (el problema de las drogas), esto puede posible-mente significar que la problematización de su necesaria configuración, en aquel entonces, estaba fragmentada, y que entre aquel momento y el ahora se ha producido un proceso de universalización, que nos proporcionó una nueva categoría de conciencia (y acción).

Y, de hecho, sabemos que la transformación del «opio» hacia «el problema de las drogas» se basó en ese proceso de universalización. La cuestión del opio del siglo XIX estuvo delimitada por «lo subjetivo (opio), la región (el Lejano Oriente) y por el problema (China)», siendo globalizada a través de la Convención del Opio de La Haya de 1912 y que ha permanecido hasta hoy (cf. Lowes, 1966, p. 181). Mientras tanto, la universalización del problema de las drogas se expresa de diversas formas. En primer lugar, el problema de las sustancias estupefacientes modernas no afecta solo a una o pocas sustancias, sino a un número inabundante de drogas naturales, sustancias y preparados semisintéticos y totalmente sintéticos, entre lo que se encuentran la heroína y la cocaína, el LSD y el hachís/la marihuana, el éxtasis y el polvo de ángel, el khat y el crack, representando solo la punta del iceberg. En segundo lugar, el problema de las drogas está siendo combatido por todos los gobiernos del mundo y ha sido reconocido como una tarea legítima de la Naciones Unidas y sus coorganizaciones.²

2 La Policía y el poder judicial prefieren hablar de drogas, los sociólogos y los educadores prefieren anteponer el plazo del problema de las drogas. Pero a la hora de la verdad, ambos se refieren a lo mismo. Así, cualquiera que hable sobre el problema de las drogas establece una línea límite entre aquellas consideradas legales como el café, el té, el alcohol, el tabaco y los medicamento recetados con potencial de adicción. Todas estas drogas no están incluidas dentro del problema. Por el contrario, quien se refiera al problema de las drogas, en lo principal señalará a las sustancias estupefacientes. El problema de las drogas es el miedo de los padres sobre el consumo de sus hijos, es la lucha casi desesperada contra el poder de las mafias internacionales del narcotráfico, es la búsqueda de lugares de terapia y la disputa por los programas de metadona, esas son las muertes producto del consumo de drogas y la carga de los presupuestos públicos para la prevención y medidas de rehabilitación, después de todo —pero más marginalmente— cuántas confesiones verbales, de que el tabaco, el

En tercer lugar, los delitos de drogas se clasifican jurídicamente como delitos universales, como en el caso de la falsificación y la trata de personas, es decir, como tipos penales que pueden y deben ser perseguidos en todos los países del mundo, independientemente del lugar donde se hayan cometido y la nacionalidad del sujeto activo. En cuarto lugar, el problema de las drogas no es solo una expresión de una ideología global de «comunidad de valores», sino un vehículo de política real hacia la formación de instituciones supranacionales, es decir, no solo es un síntoma, sino también el propósito y el medio de integración internacional.

Es precisamente este claro salto cualitativo entre la cuestión del opio del siglo XIX y el problema de las drogas del siglo XX, la razón por la cual sería interesante conocer qué provocó este cambio.

1.2. Desarrollo vs. perspectiva constitucional

La explicación habitual sigue una perspectiva (implícita) que puede denominarse como desarrollista e idealmente puede contrastarse con una perspectiva reflexiva. El término desarrollo se refiere al despliegue de un programa predeterminado, de forma que los problemas sociales se orienten reflexivamente a la situación objetiva: mientras más personas sin hogar existan, entonces mayor es el problema social de la indigencia; mientras más prostitución, entonces mayor es el problema de la prostitución, etc., esta sigue siendo la idea más plausible y también la más extendida en el ámbito del contenido y desarrollo de los problemas sociales.

Por otro lado, se puede pensar en una perspectiva competitiva, la cual enfatice la eficacia de quienes problematizan el hecho, y que, a través de la omisión y alteración de ciertos aspectos, le dan una característica especial, un formato propio, que aún no estaba disponible en esa área del conocimiento. Por ejemplo, la indigencia podría disminuir, pero su tematización puede aumentar. Por ejemplo, la homosexualidad puede ser igualmente prevalente en dos sociedades, pero solo en una de ellas podría ser vista como un problema social. Entonces, ¿se puede separar la existencia de un problema social de la definición de un problema social? La respuesta es probablemente no. Esta respuesta negativa se vuelve más definida, cuando nos damos cuenta de que la definición social de un hecho como problema conduce a la aparición de un problema inducido por la definición, ya sea que se fundamente en una situación de un problema objetivo anterior o no, pronto su propia realidad se crea.

Ambas perspectivas podrían aplicarse, sin mucho esfuerzo, a la historia del problema de las drogas, la única pregunta es ¿cuál sería una historiografía correcta y cuál sería una incorrecta?

A primera vista, la perspectiva de desarrollo siempre tiene una ventaja plausible. La transformación de la cuestión del opio al problema de las drogas también puede verse como un desarrollo natural e inevitable. ¿Por qué se limitan los controles internacionales del opio en sus dos formas, crudo y para fumar, mientras cada año, la industria farmacéutica lanza al mercado nuevas drogas potentes, desde los opiáceos morfina y heroína hasta cocaína y las anfetaminas, y un sinnúmero de sustancias más, en especial, aquellas que se han puesto de moda recientemente o cuya peligrosidad ha sido descubierta tarde? Primero fue el morfinitismo y los cocainómanos, luego la dolantina, el polamidón, el cliradon y muchas otras adicciones inimaginables en el siglo XIX. Así que no es de extrañarse que el legislador se viera

alcohol y los somníferos son adictivos, en una inspección más cerca, el radio del problema no puede reducirse a las drogas legales. Pero el miedo de los padres se relaciona mucho más con las drogas ilegales que con las legales. Este es el núcleo duro del problema, lo que explica la alta prioridad de los temas relacionados con drogas en la agenda internacional. Estos son los narcóticos, los estupefacientes en el sentido de los acuerdos internacionales y leyes nacionales de drogas, los que constituyen el objetivo del plan de control de drogas y a los que se refiere el mandato de Naciones Unidas en esta materia. En cualquier caso, las estadísticas de criminalidad de la policía muestran los delitos contra la Ley de Estupefacientes como «delitos de drogas» ...

obligado a entrar en una especie de carrera con la industria farmacéutica y el escenario de las drogas. Además, hoy en día no se puede negar que la vida cotidiana para la mayoría de las personas resulta más compleja, contradictoria y estresante que hace dos o tres generaciones, la demanda de sustancias que alteren el estado de ánimo está en aumento y la resistencia de la sociedad contra las adicciones ha perdido peso.

Visto de esta manera, la transformación de la cuestión del opio en el problema moderno de las drogas no tendría nada de especial, y probablemente es la razón por la cual este episodio histórico aún no ha recibido especial atención en la ciencia.

Por supuesto, quien observa más de cerca a los actores y sus acciones, pronto encontrará que la plausibilidad de la perspectiva de desarrollo disminuye a medida que se acerca al tema. Las acciones que se convierten en estados del problema pueden describirse como la mejor aplicación de cierta definiciones, intereses o actividades de formulación de reclamos (Spector y Kitsuse, 1977). Los actores que logran este propósito son individuos comprometidos o empresarios morales (Becker, 1973), quienes, dentro de grupos, instituciones o movimientos sociales, se aseguran del cumplimiento de su punto de vista y evaluación de las cosas. Si tienen éxito, su punto de vista desplazará a todas las perspectivas en competencia hasta el punto en que su descripción del problema, su teoría de las causas, su evaluación moral y su programa para combatir el problema no es más que una posición entre muchas de las posibilidades, sino, por así decirlo, como una visión natural y evidente de las cosas, incluso como una mera imagen de la realidad. Una vez que la definición de problema resulta parcial, entonces es parte de la ideología hegemónica, es decir, cuando se acepta universalmente como una única visión natural y correcta —más allá de los límites de las clases sociales— se acepta y defiende contra eventuales actualizaciones alternativas de conceptos con una tenacidad no fácilmente explicable, inclusive con agresividad.

De esto, es posible deducir cuáles son los intereses sociales, económicos y políticos tangibles que pueden estar escondidos detrás del «conocimiento» aparentemente natural y objetivo de un problema social. A continuación, la perspectiva constitucional podría «tener sentido», en la transformación de la cuestión del opio del siglo XIX y el problema de las drogas y estupefacientes del siglo XX.

2. Definición del problema: La situación inicial en el siglo XIX.

En la cuestión del opio existen dos grandes líneas geopolíticas del conflicto del siglo XIX: por un lado, el conflicto entre las partes capitalistas y no capitalistas del mundo y, por otro lado, el conflicto anticapitalista entre dos modelos métodos económicos. Estrictamente hablando, los hechos del comercio del opio anglo-chino se convirtieron en la cuestión del opio, cuando este comercio fue atacado por Estados Unidos y declarado un problema internacional.

2.1. Las atrocidades inglesas en China

En 1757, cuando Inglaterra derrotó al Imperio mogol de la India, el comercio de opio indochino ya se encontraba vigorosamente en expansión y continuaría así por los siguientes cien años. La Compañía de las Indias Orientales en 1775 estableció subastas periódicas de opio en Calcuta y poco después, comenzó a venderlo directamente a los gobiernos de varios estados de Asia oriental y a otras administraciones coloniales. Todo este tránsito económico ocurría en contra de la voluntad expresa de China, quienes habían prohibido todas las importaciones de opio en 1729, y recalcaría esta prohibición en años posteriores y con más frecuencia a partir de 1799. Sin embargo, dado que el comercio del opio era completamente

rentable para Inglaterra, resultó prácticamente imposible de detener —las compras costosas en China (seda, té) y el desinterés de los chinos por adquirir productos europeos tenía una repercusión crónica y negativa en la balanza comercial de los ingleses, situación que comenzó a revertirse a principios del siglo XIX debido al comercio de opio— Inglaterra no prestó atención a dicha prohibiciones.

Sin embargo, en 1839, cuando China destruyó todas las existencias extranjeras de opio en Cantón (en total, 20.291 cajas de 70 kg cada una), Inglaterra, a través de dos guerras sangrientas (1840-42; 1856-60), forzó la cesión de Hong Kong, la apertura de puertos y la legalización formal de las importaciones de opio (cf. Wissler, 1931; *Opium war* 1977).

2.2 El conflicto angloamericano del opio

Después de la finalización de la autodeterminación india (a mediados del siglo XVII), Inglaterra ahora también había sido el causante del final de la soberanía china (a mediados del siglo XIX). Sin embargo y pese a la posición ganada en el Lejano Oriente, este acontecimiento fue percibido como una amenaza por parte de EE. UU., que temía por la colonización de China a manos de potencias europeas y su posible exclusión del mercado chino, considerado como rentable en el futuro.

Al igual que el primero, se desarrolló un segundo conflicto global derivado del tráfico de opio. Esta vez, sin embargo, no se trató de un enfrentamiento entre China e Inglaterra, sino dos potencias capitalistas, Inglaterra y EE. UU.

Inglaterra representaba al imperialismo colonial clásico, que exprimió las colonias y obtuvo las ganancias en el centro capitalista. El comercio del opio encajaba perfectamente con esto. Se creía poseer el derecho a hacer lo que fuera necesario, inclusive la venta de las peores y más peligrosas mercancías. El opio era percibido como «un artículo de lujo pernicioso que no debe permitirse, sino únicamente con fines de comercio exterior, y cuyo consumo interno debería evitarse cuidadosamente a través de la sabiduría del gobierno» (Warren Hastings, cit. N. Wissler, 1931, p. 13). Como no se quería nada más de los pueblos de Asia oriental, la conciencia mercantilista era indiferente con los efectos de la política comercial en los territorios de ultramar. Estos efectos fueron de tal magnitud que, a finales del siglo XIX, China se encontraba en una situación comparable a la del Imperio indio Mogol hace cien años, es decir al borde de la disolución interna y de la posibilidad real de que las potencias europeas e Inglaterra dividieran el Reino Medio, lo que decantó en la declaratoria de colonia y así eliminó a EE. UU. como posible socio en un floreciente comercio con China.

Estado Unidos consideró al tráfico de opio inglés como moralmente reprobable y económicamente alarmante. Sin embargo, en razón de su método económico especial, podían permitirse esa moralidad mejor que los ingleses: «Tan pronto como se quiere sacar bienes de un país para venderlos afuera, se puede imponer cualquier cosa a ese país que lo lleve a la meta deseada; tan pronto como se quiere vender bienes industriales en cantidades mayores y crecientes, cuyo adquisición puede realizarse en un cierto nivel de prosperidad económica, o tan pronto como se desee invertir capital en este país, la relación cambia y se despierta un interés por su progreso económico» (Wissler, 1931, p. 43.). El interés positivo en el bienestar económico de China que Estados Unidos había afirmado repetidamente con honestidad y con la esperanza de grandes ganancias, se vio nublado cuando el país se inundó con opio. Así, en virtud del moderno imperialismo financiero y comercial, los EE. UU. entraron en una competencia más creciente con Inglaterra, y aunque Inglaterra triunfaría sobre China en el siglo XIX, el siglo XX iba ser de Estados Unidos.

2.3. El inicio de la cruzada mundial americana

Comenzó una «cruzada mundial estadounidense» (Wissler, 1931, p. 203), en la que se buscó incluir al comercio de opio en la agenda internacional como un problema que necesitaba una solución.

Con China humillada y al borde del colapso, y con las exportaciones inglesas de opio en gran crecimiento (en el período entre 1863-1879, de 50.000 a más de 80.000 cajas), EE. UU. era moral y económicamente incapaz de tomar la ofensiva contra Inglaterra. La guerra civil y la crisis de la reconstrucción, la pérdida de imagen política interna y externa debido al tema de la esclavitud, entre otras circunstancias, inmovilizaron los recursos morales y económicos para pensar en actividades importantes de política exterior.

Por necesidad, e inicialmente, EE. UU. se había contentado con barrer su propia puerta. En el Tratado de Wanghia de 1844 se opusieron al comercio de opio y en tratado con China prohibieron a cualquier ciudadano estadounidense comerciar con opio en China. Los americanos no solo querían ejercer un autocontrol, sino que querían influir en el comportamiento de terceros, entonces tuvieron que pasar a la ofensiva contra la política inglesa.

La oportunidad se presentó en 1898 con la ocupación de Filipinas a raíz de la Guerra Hispanoamericana. Existía un monopolio del opio establecido por los españoles y el consumo estaba muy extendido. En 1904, la Comisión del Opio de Filipinas del Departamento de Guerra de los Estados Unidos presidida por el obispo episcopal Charles H. Brent (1862-1929) concluyó y señaló que la solución al problema del opio requería de algo más que esfuerzos nacionales, siendo el punto de partida y que continúa hasta la actualidad para la «Guerra contra las drogas». En 1906, Brent sugirió convocar una conferencia internacional. La reunión ocurrió en Shanghái en 1909 y Brent fue elegido presidente. Las propuestas de la delegación estadounidense a la Comisión Internacional del Opio de Shanghái (1909), que a su vez fue nombrada por Brent, aún se centraban completamente en el opio.

Las resoluciones de Shanghái no eran vinculantes. Para revestirlo con la forma jurídica vinculante de un acuerdo internacional, EE. UU. envió una agenda provisional para una conferencia de seguimiento que se celebraría en La Haya el 1 de septiembre de 1909. La carta de invitación estaba todavía completamente orientada hacia el opio y sus derivados. La cocaína u otros no opiáceos no figuraban en ninguna parte de la agenda de los EE. UU. (cf. Instrucciones vinculantes de 1909).

Si hubiese continuado así, los tratados y leyes relativas al opio aún mantendrían su antigua denominación, y la ONU, la OMS y la FAO seguirían preocupándose únicamente de los opiáceos y la cocaína, y el cannabis y docenas de otras drogas prohibidas a nivel mundial estuvieran posiblemente en uso y se integrarían a la gama de medicamentos y estimulantes «normales» en muchos países del mundo. En este momento se desencadenaron una serie de iniciativas, paradójicas y catástrofes que le dieron un giro completamente diferente al planteamiento inicial de la cruzada mundial estadounidense y que pretendían trasladar la definición del problema a otras sustancias, países y contextos.

Esta cadena de eventos cubrió cosas tan diversas como la iniciativa inglesa sobre la cocaína de 1910, las consecuencias paradójicas de las tácticas dilatorias alemanas y, finalmente, la inclusión de la obligación de ratificación en el Tratado de Versalles de 1919.

3. Conflicto de definiciones: la fase decisiva (1910-1920)

La definición estadounidense del problema se adaptó completamente a la situación del conflicto anglo-chino y sirvió para apoyar a China contra la amenaza de colonización de Ingla-

terra. El tratado internacional del opio tenía la intención de cumplir este propósito, y es por esta razón, por lo que la agenda de la Conferencia de La Haya auspiciada por los EE. UU. solo mencionaba los opiáceos y se enfocaba en el opio crudo y opio para fumar.

Para la definición actual del problema de las drogas, como un problema fundamentalmente universal, que implica la prohibición del khat y el cannabis, la cocaína y la legitimación de las anfetaminas que también suponen un problema, debería resultar decisivo que Inglaterra no adoptara la definición estadounidense, sino que optara por una contradefinición que resuelva la cuestión del opio —inicialmente inclusive manteniendo la antigua designación— hacia la cuestión de la heroína y la morfina, y que debería tener consecuencias especialmente graves, inclusive redirigir a la cocaína.

3.1. Los intereses alrededor de 1910

La prisa con la que EE. UU. quería llegar a la concreción de un acuerdo vinculante internacional tras la conferencia de Shanghái despertó el malestar en las capitales europeas.

En el caso de Portugal y Holanda les fue razonablemente bien con sus políticas respectivas de opio no prohibitivas en el Lejano Oriente. Turquía y Serbia no querían que se interfiriera en su producción de opio. Alemania dependía con urgencia de la no perturbación de importaciones de opio para evitar poner en peligro sus exportaciones farmacéuticas (morfina, heroína), pero sobre todo para cubrir con su propio requerimiento médico interno de narcóticos, siendo un tema más importante en caso de una posible guerra futura. Un acuerdo internacional sobre el opio solo podría interponerse en el camino. Por su parte, Suiza, con una industria farmacéutica igualmente importante, miró las cosas de forma similar.

A primera vista, Inglaterra había reconocido en la agenda estadounidense que el calendario de la conferencia vería un solo perdedor, la propia Inglaterra. Durante décadas los estadounidenses habían ridiculizado el comercio inglés de opio. Ahora y una vez más, Inglaterra sería expuesta ante todo el mundo y obligada a renunciar solamente al tráfico de opio. Además, iba a soportar no solo el daño, sino también el ridículo y la vergüenza mundial. Realmente no querían eso. En este contexto, hubiese sido mejor que la conferencia no hubiese tenido lugar en absoluto, pero tampoco quisieron aparecer ante la opinión internacional como los provocadores del fracaso y esfuerzos de control del opio.

En vista del dilema al que se enfrentaba el gobierno británico, durante muchos meses no se pudo obtener respuesta alguna a la invitación estadounidense. Los Estados Unidos habían solicitado una respuesta antes del 1 de diciembre de 1909. En mayo de 1910 aún no había respuesta del gobierno inglés, existía un sentimiento de nerviosismo. ¿Querían realmente en Inglaterra permitirse el lujo de evitar la conferencia? En 1910 existían rumores sobre esta posibilidad. Pero después, el 17 de septiembre —con un retraso de diez meses— se conoce la noticia de que Londres estaría muy dispuesta a participar en la conferencia bajo ciertas condiciones.

3.2. La iniciativa británica de la cocaína de 1910

En ese momento, la condición golpeó como una bomba. Inglaterra quería que todas las potencias que participaran en la conferencia se comprometieran, antes de la reunión, a la aplicación de los mismos estrictos controles que decidieran aplicar sobre el opio a los opiáceos manufacturados (morfina y heroína) y a la cocaína con la misma severidad. Dada la forma en cómo se venían dando las cosas —el opio ya era una droga completamente demonizada, mientras que la heroína, la morfina y la cocaína todavía disfrutaban de una sólida reputa-

ción en muchas partes del mundo como medicamentos, analgésicos y tónicos— constituyendo una iniciativa desconcertante.

Las opiniones contrarias «todavía mantenidas en secreto» para el público en general (Hirschmann, 1912, p. 81) fueron formuladas dentro de los círculos diplomáticos con una claridad que no era común. La participación del gobierno de su majestad señaló «la condición de que los gobiernos de las potencias involucradas asegurasen que estaban preparados para adoptar medidas severas con miras a prohibir el comercio y la fabricación de morfina y cocaína en sus respectivos países» (Campbell, 1911, p. 1). Sir Edward Gray formuló en su discurso ante la delegación de la conferencia inglesa de La Haya: «El Gobierno de su Majestad [...] estableció como condición para su participación que la conferencia debería tratar completa y exhaustivamente la cuestión de la restricción de la fabricación, venta y distribución de morfina y cocaína». Esto es «un tema al que el Gobierno de su Majestad otorga especial importancia» (Grey, 1911, p. 2). Durante la conferencia de La Haya, los delegados británicos señalaron reiteradamente que su gobierno «consideró este asunto de suma importancia, tanto que decidieron no participar en la conferencia, a menos que las otras potencias también aceptaran su especial urgencia» (Informe, 1912, p. 8) y que no había una tarea más importante para la conferencia —«no existe ninguna parte más importante de su trabajo que esa» (Sir Cecil Clementi Smith, IOC, 1912, p. 36), es decir, la represión al tráfico de cocaína, morfina y heroína. La vieja cuestión del opio quedó prácticamente descartada.

La iniciativa inglesa debió sorprender a los demás gobiernos. Desde hace tiempo siempre se había tratado del opio. No se había escuchado en el escenario internacional una palabra sobre la necesidad de incluir otros narcóticos, y mucho menos la cocaína. Hubo indicios en Shanghái sobre la inclusión de opiáceos, pero eso está directamente relacionado con la cuestión del opio. Sin embargo, no estaba del todo clara la relación entre la cocaína con el opio o los opiáceos. ¿Qué estaba haciendo la cocaína como no opiáceo en un tratado sobre el opio?

4. El conflicto anglo-alemán de la cocaína

Lo que se entendía como la iniciativa británica de la cocaína se convirtió en una ofensiva de socorro contra el gobierno alemán. Se le daría la responsabilidad de impedir la conferencia o al menos, sabotearla por intereses propios vinculados a los intereses ingleses.

4.1. Razones y justificaciones

La justificación oficial de la iniciativa británica estuvo llena de compasión por el pueblo chino. Durante dos siglos, los ingleses habían estado proveyendo de cantidades inimaginables de opio a China y ahora estaban preocupados por sus efectos «la propagación del hábito de la morfina y la cocaína en la India, en China y en otros países del Este» (Instructions, 1911, p. 2). Se señaló que el lugar que ocupada el opio en China ahora era ocupado por la morfina y la cocaína —una tendencia que solo aumentaría a medida que se suprimiera el consumo del opio—. En este sentido, si uno quisiera contentarse con la eliminación del tráfico del opio, literalmente alentaría al cambio a otras sustancias, por lo que, los países en cuestión no podrían contrarrestar con medidas efectivas por sí mismos: «La experiencia de la India y China demuestra que la legislación contra la importación de morfina y cocaína no puede ser completamente efectiva, ya que con facilidad se puede eludir su práctica y, en consecuencia, sugiere la conveniencia de la cooperación por parte de los gobiernos naciones y extranjeros en el control de las formas de fabricación y distribución» (Instructions, 1911, p. 2).

Por lo tanto, entre otras cosas, se afirmó que la prohibición de la cocaína era necesaria porque los consumidores de opio cambiarían a sustitutos en caso de que la prohibición del opio tuviera éxito, ya que existían señales claras de eso, siendo los principales sustitutos la morfina, la heroína y la cocaína. Además, se afirmó también que los grandes fabricantes de alcaloides estaban impulsando su desarrollo por motivos industriales. La iniciativa inglesa sacó a relucir a la opinión mundial, una especie de grandes traficantes. La carga moral del asunto se muestra en un párrafo relevante del informe al Congreso de Wright de 1912, en el que se escribió:

[...] los fabricantes de morfina y cocaína hicieron un esfuerzo decidido e inclusive calculado para introducir estas drogas en reemplazo del opio. Tales esfuerzos hubiesen tenido éxito en gran medida, y al mundo se le presentó por parte de muchos grandes gobiernos un espectáculo de sacrificio voluntario o previendo el sacrificio de un ingreso anual agregado de opio de \$100 000 000, solo para ver a los sujetos de algunos de ellos poner otras dos drogas en manos de las personas de Lejano Oriente, quienes estaban empeñadas y habían decidido heroicamente abandonar el vicio del opio. (Terry y Pellens, 1928, p. 640)

No se dijo (porque no era correcto y era de conocimiento general) que solo un país podía ser considerado como el principal proveedor y, con ello, el principal culpable de esta cuestión: el gobierno alemán.

Básicamente, ese era el punto principal. Alrededor de 1910, el sistema de alianzas establecido por Bismarck, que se supone garantizaría al gobierno alemán la máxima seguridad en su política exterior a pesar de su tan citada «posición intermedia», ya estaba hecho trizas. Los deseos coloniales alemanes, el ruido de los sables en los Balcanes y en el norte de África, los discursos provocativos del káiser Wilhelm II y la decisión de construir una flota, pintaron un panorama inquietante de la megalomanía geopolítica de Alemania, especialmente para Inglaterra, que no fue precisamente aminorada por una rápida expansión económica—que además de la industria pesada, incluye la industria química y farmacéutica—.

Este es el sentimiento que se debe observar, cuando se aprecia la sofisticación diplomática de la iniciativa de prohibición de la cocaína en Gran Bretaña y que fue diseñada para garantizar que la antigua cuestión del opio se relegará a un segundo plano durante la conferencia de La Haya, mientras que el interés mundial se focalizaba sobre otras drogas, principalmente fabricadas en Alemania. De esta forma, Inglaterra fue capaz de desviar la atención de su propio papel en los acontecimientos de Asia oriental y apuntarlo hacia Alemania como el mayor fabricante y exportador mundial de sustancias. La inclusión de productos farmacéuticos producidos industrialmente en el Acuerdo del Opio tenía por objeto educar a la opinión mundial y persuadir a las personas sobre trasladar el estigma del opio a la industria de los alcaloides.

4.2. La base empírica de la prohibición de la cocaína

Esta interpretación de la iniciativa británica recibe una plausibilidad adicional por la endeble justificación oficial de la participación inglesa. Porque las supuestas pruebas que se expusieron para sustentar la «tesis de la cocaína en China» eran más que escasas.

La cuestión de la cocaína se discutió en la séptima sesión plenaria del miércoles 13 de diciembre de 1911 en La Haya. Sir Cecil Clementi Smith repitió la afirmación de que la cocaína y los opiáceos producidos industrialmente estaban inundando el este de Asia y pidió «medidas drásticas» contra este «vicio gravísimo», que, según su colega Wright, también tuvo «efectos terribles» en los EE. UU. (cf. IOC, 1912, p. 36). Aparte de la indignación moral, poco

había sobre la mesa. El doctor Wu Lien-Teh, parte de la delegación china, consagró la propuesta anticocaína al sumarse a «la más alentadora y humana palabra de su reverenciado amigo, Sir Cecil Clementi Smith» y «humildemente» a ella. Sin embargo, al haber ejercido como médico en Penang durante cuatro años, conocía bastante bien las consecuencias de las inyecciones de morfina y cocaína. Luego explicó —de acuerdo con el contenido de un documento de la delegación inglesa que le había sido enviado el día anterior (IOC, 1921, p. 89)— lo que no podría saber de su propia práctica: cómo los nuevos vicios se manifestaron, por primera vez, en los ricos adictos a los opiáceos, quienes habían aprendido a usar la jeringa y se habría extendido a sus sirvientes, inclusive hasta los «coolies y richsha pullers». Luego, el delegado chino presentó fotografías «mostrando las cicatrices causadas por las agujas sucias», y leyó un documento de doctrina médica (IOC, 1912, p. 37).

La conferencia quedó impresionada y aprobó por unanimidad la resolución inglesa. Inclusive, Hamilton Wright también quería prohibir el equipo de inyección, pero el plan se abandonó nuevamente después de la intervención (IOC, 1912, p. 37).

La base empírica de la prohibición de la cocaína era estrecha. La opinión de algunos médicos, la práctica de cuatro años del doctor Wu Lien-Teh, la confusión de las consecuencias primarias —y secundarias, una foto de adictos con cicatrices— y ningún respaldo académico serio, ninguna discusión digna de ese nombre. Las estadísticas que hubiesen permitido una mejor valoración de la supuesta ola de cocaína fueron tras las palabras del doctor Wu Lien-Teh un desafortunado suceso que aún estaría «en manos de los mecanógrafos, y no había ido a la imprenta» (cf. IOC, 1912, p. 36). Ni siquiera fue posible proporcionar una sinopsis de estas estadísticas sobre la prevalencia del consumo de la morfina y la cocaína. Posteriormente, en los anexos de la conferencia se leyó que China había importado un total de 16.533 onzas en 1910, pero solo 96 onzas en el primer trimestre de 1911 (IOC, 1912, p. 59). De acuerdo con la Sociedad de las Naciones (1922, p. 18 y apéndice 5), las importaciones chinas entre 1915 y 1917 —La convención de La Haya aún no estaba en vigor— ascendieron a no más de 200 kg por año. En comparación con las necesidades médicas domésticas alemanas de alrededor de 750 kg por año en ese momento, queda claro que probablemente no pueda hablarse de una ola de cocaína en China.

5. Consecuencias paradójicas de la diplomacia alemana

Durante años, en Alemania se había creído que la cruzada estadounidense fracasaría, incluso antes de que comenzará. Cuando la iniciativa británica de la cocaína de 1910 amenazó con un daño inmediato y grave, quizás no se le dio la importancia debida a toda la campaña internacional contra el opio, y estuvieron mal preparados.

5.1. Preparación de la conferencia

En principio, probablemente se asumió que la propuesta británica fracasaría debido a la resistencia de otros países. Y durante un tiempo se vio así. En septiembre de 1910, Inglaterra había presentado sus condiciones. Entonces no ocurrió nada en principio. El Ministerio de Relaciones exteriores repitió en enero de 1911 «en el caso de que este país participara, las otras potencias interesadas estarían de acuerdo en que la conferencia tratará completamente la cuestión de restringir la fabricación, venta y distribución de morfina, cuya temática constituye parte de la quinta resolución de la comisión de Shanghái, y también con la cuestión conexas de la cocaína» (Campbell, 1911, p. 4).

Poco a poco, la inquietud sobre la insistencia se va sintiendo en Berlín y el 11 de marzo de 1911 intentaron averiguar algo sobre las reacciones de las demás potencias y del gobierno

holandés en privado. Aparentemente se decidió una táctica dilatoria y el 15 de abril se informó a los holandeses, como organizadores de la conferencia, que el examen de la propuesta inglesa aún estaba en curso y, que, en cualquier caso, no se completaría para el inicio programado de la conferencia del 1 de julio de 1911. El 2 de mayo de 1911, el Ministerio de Relaciones Exteriores británico telegrafió a los Países Bajos: «la oficina prepara una nota a efectos de que tres potencias no pueden anunciar medidas contra la morfina y la cocaína, Inglaterra no puede participar de la conferencia sobre el opio el 1 de julio» (KR, 1911).

En mayo de 1911 parecía que la conferencia no se llevaría a cabo. Sin embargo, los estadounidenses ahora ejercían presión a través de contactos directos con Alemania, Francia, Japón y Portugal. Sobre el gobierno holandés, existe una sospecha de estar trabajando a sus espaldas con los ingleses para el fracaso de la conferencia, tal era la molestia que el 17 de agosto de 1911 telegrafiaron a La Haya y señalaron que la misma podría tener lugar en un sitio diferente gracias a ellos, pero que no permitirían que la fecha prevista de inicio, ahora en octubre, se volviera a cambiar. El ambiente era tenso y todo era posible.

Sorprendentemente, los alemanes cedieron. Aunque la prueba aún no había terminado, sabían que se encontraban en un aprieto y que no saldrían ilesos de una forma u otra. Estados Unidos, Inglaterra, China, Alemania, Francia, Holanda, Portugal, Japón, Italia, Rusia, Persia y Siam se reunieron el 1 de diciembre de 1911, no fue en octubre, en la Conferencia Internacional del Opio en La Haya. Todos se habían inclinado ante el gobierno británico. La morfina, la heroína y la cocaína estarían sujetas a los mismos controles que el opio crudo y el opio para fumar. La cuestión internacional del opio, si se puede decir que se produjo algún acuerdo, se convertiría en la cuestión internacional de las drogas, constituyéndose en el corazón del problema moderno de las drogas.

Es cierto que sobre esta restricción: solo un estado ha estado dispuesto a negociar. Todavía se podría influir en lo que resultaría de ello. Y, por supuesto, la conferencia podría fracasar durante su curso para ratificar el acuerdo y así, ponerlo en vigor a nivel nacional. En síntesis, aún quedarían varias formas de evitar la prohibición global.

5.2. El efecto paradójico de la política alemana de obstrucción

La diplomacia alemana también se basaba en la obstrucción. Habían accedido a aceptar las condiciones inglesas y, por lo tanto, en aquel momento evitarían ser los responsables de impedir la realización de la conferencia. Pero ahora les quedaba aún tiempo suficiente para cuidar de los intereses alemanes durante las negociaciones. Por ejemplo, se logró evitar que la codeína se incluyera en el acuerdo, tema que fue incorporado mediante solicitudes de devolución de último momento, lo que ha llevado a que no sea visibilizado como parte del problema de las drogas y continúa siendo utilizado satisfactoriamente en la práctica médica.

Aparentemente, los alemanes se abrieron paso mal preparados, pero sus contribuciones caóticas en la conferencia no atrajeron a muchos amigos. Por ejemplo, se les ocurrió la idea de poner tan alto el obstáculo para la entrada en vigor del Tratado del Opio que todos los países del mundo deberían firmarlo —o nunca entraría en vigor—. Así mismo, entrará en vigor y se aplicaría todo el acuerdo, solo cuando todos los Estados que no estaban presentes en La Haya hayan declarado su adhesión, es decir, solo cuando los autocontroles de algunos países no puedan ser explotados económicamente por otros.

La idea detrás de la iniciativa alemana era probablemente la imposibilidad de persuadir a todos los países del mundo para que se unieran. Entonces el Tratado del Opio sería solo papel y nunca entraría en vigor. Además, así el país hubiese declarado su propia buena vo-

luntad, no estaría obligado a tomar las medidas necesarias. Aparentemente esta solución ingeniosa correspondía a los intereses de la mayoría de los participantes de la conferencia, por lo que se aceptó la propuesta alemana, para sorpresa de Estados Unidos y China.

En otras palabras: doce Estados habían redactado una convención que solo entraría en vigor, si todas las demás potencias de la época también se adhirieran (en total, se elaboró una lista de 34 Estados). Evidentemente, el lema era «todo o nada». Esta decisión fue «una de las curiosidades más notables en la historia de la organización preinternacional», reseñado en un libro sobre el internacionalismo europeo entre 1815 y 1914 (Lyons, 1963, p. 376), y también lo podemos encontrar en el estudio clásico sobre la historia del control internacional de estupefacientes, donde se señala que «un esquema tan radical para la universalidad» era bastante inusual, inclusive sus enredos extremadamente sospechosos y cláusulas de demora: «normalmente no se condiciona la ratificación de un tratado a la adhesión de otras potencias que no lo han firmado [...]. La extraña característica de este arreglo en la Conferencia fue que dependía de la adhesión de todos los demás Estados que no habían estado representados» (Lowes, 1966, p. 18).

No obstante, el punto histórico de las prácticas dilatorias alemanas debería estar en otra parte. Si todo hubiese marchado según lo planeado —especialmente sin la intervención de una guerra mundial perdida— entonces el truco de la ratificación alemana habría impedido inteligentemente la entrada en vigor del Tratado Internacional del Opio, y la diplomacia alemana podría haberse jactado de una obra maestra asociada más con Metternich y Riche-lieu, o al menos, más con Bismarck que con Wilhelm II. Debido a que todo no salió según lo planificado, la genialidad se convirtió en un arma, cuya dirección apuntaba directamente contra los intereses alemanes, a causa de la cláusula de universalidad —pensada como una herramienta de prevención— y se convirtió en un poderoso instrumento de globalización después de la Primera Guerra Mundial.

Durante la conferencia no se podría saber eso. La delegación americana vio como se escapaban sus esperanzas e hizo una propuesta de compromiso, cuya aceptación habría significado abandonar la modernización de la cuestión del opio. Ante el temor de que los alemanes rompieran y debilitaran el acuerdo, de tal manera que el problema original del opio, ni siquiera se abordaría, Hamilton Wright propuso dividir el anhelado convenio en una parte de opio promulgada de inmediato y una parte sobre drogas industrializadas para ser ratificadas posteriormente. Si no se hubiese aceptado esta propuesta, también habría significado que la actual definición del problema no se hubiera producido. Desde luego, eso se habría alineado con los intereses alemanes de aquel momento, pero no hubo una mayoría a favor entre las otras delegaciones de la conferencia. Los argumentos del delegado inglés, William Meyer, pusieron en primer plano con claridad los intereses británicos: su gobierno ha señalado en repetidas ocasiones que el mismo «terrible abuso de morfina y cocaína» tiende a recurrir «especialmente donde se buscaba opio, aparece morfina y cocaína». Como había señalado un delegado holandés, esto invertiría completamente los objetivos de la conferencia.

La Convención del Opio entrarían en vigor de inmediato, pero la cuestión de los alcaloides quedaría archivada: «Evidentemente, el resultado sería poner el opio en primer plano y empujar la morfina y la cocaína a un plano completamente secundario» (IOC, 1912, vol. 1, p. 222; Wissler, 1931, p. 188). La intención inglesa de trasladar el estigma del opio a los narcóticos fabricados quedó subrayada una vez más.

La propuesta de la parte estadounidense fue rechazada y se mantuvo la regla, que nunca sucedería, que pronto demostraría ser un medio eficaz para globalizar la prohibición.

5.2. El establecimiento del problema de las drogas

Al principio y debido a sus extrañas cláusulas de fecha de vigencia, el Tratado del Opio casi no valía el papel en el que estaba escrito. En la Conferencia del Opio, ya se sospechaba que podría haber dificultades con la ratificación, por lo que se planeó una conferencia de ratificación (1913). También esta conferencia y la posterior se ocuparon únicamente de cuestiones de ratificación (1914), y produjeron los resultados esperados.

De cierto modo, la Primera Guerra Mundial vino al rescate. Alemania y Turquía —dos fuertes opositores a la prohibición— perdieron, y en Inglaterra, los grupos influyentes antiopio aseguraron que los negociadores británicos en las negociaciones de paz de Versalles propusieron que las ratificaciones pendientes de la Convención del Opio fueran reemplazadas por la ratificación del Tratado de Versalles.

Cuando Alemania ratificó el Tratado de Versalles, el Tratado del Opio fue implícitamente ratificado, y cuando el tratado entró en vigor el 10 de enero de 1920, el plazo de un año para la promulgación de una ley alemana sobre el opio se mencionó en el artículo 295 del Tratado de Versalles.

Con los tratados de paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial, se logró la universalización del Tratado del Opio, situación que años antes se consideraba como imposible.

La Convención del Opio no solo se había producido (1912), sino que también había sido ratificada en todo el mundo e implementada en las leyes naciones sobre el opio, y lo más importante, no se refería solo, ni principalmente al opio, sino a la cuestión completamente diferente de los opiáceos y la cocaína producidos industrialmente, en definitiva: el núcleo del problema de las drogas a partir de entonces, es decir, el moderno problema de las drogas.

Por lo tanto, el Tratado Internacional del Opio de La Haya pretendía marcar tanto el fin de la «cuestión del opio» como el comienzo del «moderno problema de las drogas», de hecho, una especie de umbral trascendental entre la cuestión del opio del siglo XIX y el problema de las drogas. Esto representa la problemática de las drogas del siglo XX. Es cierto que las leyes que se pusieron en vigor, en todo el mundo, sobre la base de este acuerdo deberían llevar el nombre de «Ley del Opio» para las generaciones venideras —en Alemania hasta 1972, en Holanda hasta la actualidad— en esencia, desde el principio se centraron menos en los aspectos centrales de la vieja cuestión del opio —es decir, el cultivo de amapola, el opio crudo y el opio para fumar— que, en las drogas fabricadas en los países industrializados, la morfina y la cocaína. Al respecto, el nombre del Convenio o Tratado de Opio de La Haya de 1912 fue un nombre inapropiado desde el principio.

Si bien los planificadores de la Conferencia del Opio en La Haya aún estaban preocupados por resolver una situación limitada por el tema (opio), la región (Asia Oriental) y el enfoque del problema (China), al final hubo un acuerdo, que iba más allá de estas limitaciones en todos los sentidos y se abrió a un abanico de sustancias básicamente ilimitada, carente de limitaciones regionales y convertía a todo tipo de cultivo, tráfico y consumo de drogas en un problema. En otras palabras, esta fue la inclusión de la cocaína, y que marcó el rumbo para la transformación de la cuestión del opio en el problema moderno de las drogas y allanó el camino sobre la particularidad de la cuestión del opio a la universalidad de la lucha contra los estupefacientes.

6. La institucionalización del problema

En este contexto, la definición actual del problema de las drogas se debe a la intervención de los EE. UU. en el conflicto del opio anglo-chino (que se convirtió en la cuestión del opio) y

la exitosa ofensiva de socorro de Gran Bretaña contra la industria de los alcaloides de Alemania. A través de sus propuestas exageradamente dirigidas a la prevención, aceptadas y llevadas a cabo, Alemania tuvo también una parte involuntaria en la implementación de la definición inglesa del problema, que desvió la atención del opio a los narcóticos fabricados y a otras drogas industriales.

El resultado de estas decisiones amplió la terminología de la «cuestión del opio» y el «acuerdo del opio» para incluir opiáceos y no opiáceos, hasta que en las décadas de 1920 y 1930 requirió una nueva palabra —concretamente «narcóticos»—.

La cuestión del opio se convirtió en el problema de los narcóticos o drogas y la secretaría de la conferencia de La Haya, que se suponía debía vigilar el cumplimiento de los controles de opio, se convirtió en un «Comité Central Permanente» en la Liga de las Naciones encargado del control de la producción mundial de todas las sustancias clasificadas oficialmente como estupefacientes. Con el Convenio de Ginebra de 1931, se introdujo la economía global planificada para las drogas. La producción y el comercio debían estar «estrictamente limitados al volumen de la demanda legítima» en todo el mundo, de manera que las drogas no pudieran consumirse con fines no médicos.

Desde ese entonces se llevan a cabo evaluaciones anuales sobre las necesidades médicas mundiales y su producción, en medida en que puedan controlarse y se limita «a las necesidades mundiales legales» (Reichsgesetzblatt, 1933 II, p. 322). En el folleto de la Sociedad de las Naciones sobre la «Sociedad de las Naciones y el Control de Narcóticos» de 1934 se elogió la repercusión del tratado, sin precedentes en la historia de las relaciones internacionales y el derecho internacional, que permitiría la regulación completa de toda una industria y comercio que se extendería «a todo el mundo», y señaló que a través de este acuerdo se implementan «los principios esenciales del sistema» para todo un sector industrial y que suele llamarse «economía planificada» (Völkerbund, 1934, p. 14).

El problema de las drogas y —ex negativo— el mercado negro que ha florecido hasta el día de hoy fueron definidos y asegurados institucionalmente. La cuestión del opio había muerto y el problema de las drogas vivía —y está vivo hasta la actualidad—.

Referencias

- Austin, G. A. (1982). Die europäische Drogenkrise des 16. und 17. Jahrhunderts. In G. Völger & K.v. Welck (Hrsg.), *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, 3 Bde. Reinbek.
- Bartholdy, T. B., & Scheerer, S. (1993). *Das Kokainverbot*. Unveröff. Ms. Hamburg.
- Becker, H.S. (1973). *Außenseiter*. Frankfurt/M.
- Hischmann, A. (1912). *Die Opiumfrage und ihre internationale Regelung*. Tübinger Dissertation.
- Lowes, P. (1966). *The genesis of international narcotics control*. Genf.
- Lyons, F. S. L. (1963). *Internationalism in Europe 1815-1914*. Leyden.
- Opiumkrieg: Opiumkrieg. (1977). Zusammengestellt vom Kollektiv für die. Serie der Geschichte des modernen China. Peking.
- Schetsche, M. (2008). *Empirische analyse sozialer probleme. Das wissenssoziologische Programm*. Wiesbaden.
- Sonnedecker, G. (1963). Die Opiumsucht – Wandlung des Begriffs in historischer Sicht. *Pharmazeutische Zeitung*, 835-840, 899-902.
- Spector, J., & Kitsuse, J. I. (1977). *Constructing social problems*, Menlo Park.
- Terry, Ch., & Pellens M. (1928). *The opium problem*. New York.
- Wissler, A. (1931). *Die Opiumfrage*. Jena.

Fuentes utilizadas

- Campbell. (1911). Brief gez. J. A. Campbell (for the Secretary of State), Foreign Office London, vom 31. Januar 1911, an die niederländische Regierung (Koninklijke Rijksarchief, Den Haag).
- Circular Instructions. (1909). Circular instructions issued by United States Department of State respecting International Opium Conference. In Instructions to the british delegates to the International Opium Conference held at The Hague, december 1911-january 1912. Presented to both Houses of Parliament by Command of His Majesty. February 1913. London 1913: 4-7.
- Grey. (1911). Sir Edward Grey to british delegates to the International Opium Conference held at The Hague, december 1911-january 1912. Miscellaneous n.º 3 London 1913: 2-3.
- IOC. (1912). International Opium Conference. Summary of the minutes. National Printing Office. The Hague.
- Instructions. (1911). Instructions to the british delegates to the International Opium Conference held at The Hague, December 1911-January 1912. Presented to both Houses of Parliament by Command of His Majesty. February 1913. London 1913.
- KR. (1911). Telegramm des Foreign Office, London, an niederl. Außenministerium, Den Haag, vom 2. Mai 1911, Eingang 3. Mai 1911 (Koninklijke Rijksarchief, Den Haag)
- Report. (1912). British delegates to the International Opium Conference to Sir Edward Grey. In report of the british delegates to the International Opium Conference held at The Hague, december 1911-january 1912. Presented to both Houses of Parliament by Command of His Majesty. November 1912. Miscellaneous n.º 11 London: 1912.
- Völkerbund. (1922). League of Nations: traffic in opium. Summary of answers to the opium questionnaire 1921. Geneva.
- Völkerbund. (1934). Völkerbund und Rauschgiftbekämpfung. Die Tätigkeit des Völkerbundes Nr. 10 v. Oktober 1934, herausgegeben von der Informationsabteilung des Völkerbundes.

DERECHO PENAL CENTRAL



La falta de tipificación del *sexting* en el COIP

The lack of typification of sexting in the COIP

CAMILA DEL CASTILLO FERNÁNDEZ

iD Investigadora independiente

ESTEFANY ALVEAR TOBAR

iD Universidad Internacional SEK

RESUMEN

Actualmente la tecnología transversaliza toda la dinámica social, por ende, surgen nuevas problemáticas alrededor de ella, las mismas que deben ser reguladas tanto a nivel normativo como concientizadas a nivel social. El presente artículo se centra en el estudio del sexting secundario como una forma de vulneración directa hacia los derechos humanos, garantizados en la legislación ecuatoriana, para efecto de este, se recopilará información que permitirá adentrarse en la problemática que se genera en el ámbito jurídico y social. La doctrina y el análisis de normas jurídicas relevantes, estipuladas en la legislación nacional y la jurisprudencia vinculante, nos permitirá comprender la importancia de este fenómeno, teniendo en cuenta la afectación intrínseca de los derechos de los individuos que han sido víctimas en estos casos.

PALABRAS CLAVE: *Sexting*, *sexting* primario, *sexting* secundario, datos personales, datos sensibles, propia imagen.

ABSTRACT

Currently, technology cuts across all social dynamics, therefore, new problems arise around it, the same ones that must be regulated, both at the regulatory level, and at the social level. This article focuses on the study of secondary sexting as a form of direct violation of human rights, guaranteed in Ecuadorian legislation, for this purpose, information will be collected that will allow entering the problem that is generated at the legal level and social. The doctrine, and the analysis of relevant legal norms stipulated in national legislation and binding jurisprudence, will allow us to understand the importance of this phenomenon, taking into account the intrinsic affectation of the rights of individuals who have been victims in these cases.

KEY WORDS: *Sexting*, primary sexting, secondary sexting, personal data, sensitive data, own image.



Recibido: 15/03/2022
Aceptado: 04/04/2022

Introducción

La falta de tipificación del *sexting* conlleva un vacío legal dentro del ordenamiento jurídico que ataca directamente a las personas que han sufrido este tipo de violación a su intimidad. No existe normativa que abarque esta figura, puesto que es completamente nueva, no existe un tipo penal destinado para este tipo de delito, teniendo en cuenta que en otras legislaciones se encuentra contemplada debido a los casos que se han presentado bajo esta modalidad. El *sexting* contempla un riesgo para la sociedad y al no estar tipificado da lugar a que las víctimas de este delito no sean reparadas y sus autores queden impunes.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v4i4.4332>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2022 Universidad Central del Ecuador

ISSN-e 2697-3359
ISSN-i 2697-3251
fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec

El *sexting* está formado por dos términos anglosajones: *sex*, en español sexo, y *texting* (enviar mensajes). Este consiste en la producción, por cualquier medio, de imágenes, principalmente fotografías o videos y su posterior envío o divulgación con contenido sexual, el cual usualmente es producido por el emisor, a diferentes sujetos, haciendo uso de diversos dispositivos electrónicos móviles, sin el consentimiento o autorización para la divulgación de la persona involucrada.

Esta práctica se convierte en un tema de principal cuidado, dado que se vuelve cada vez más habitual y en ella pueden intervenir personas adultas y menores de edad. Aunque aún no es reconocido en el país, es de vital importancia que se analice este fenómeno para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

El envío de videos, mensajes y fotos de carácter sexual puede causar un daño permanente en la vida de las víctimas y, a su vez, puede llegar a afectar a su proyecto de vida al momento de su difusión. Por ende, es necesario analizar esta práctica para poder crear una normativa que proteja a las víctimas de este tipo penal no reconocido y, a su vez, generar en el aparato legislativo un cambio donde se protejan íntegramente los derechos de las personas consagrados en la Constitución así como en los instrumentos internacionales reconocidos en el Ecuador.

Aproximación conceptual del término *sexting*

La terminología *sexting* surge en el año 2005, en un artículo de una renombrada revista estadounidense llamada *Sunday Telegraph*, en donde se indicaba que este término se conceptualiza por «el envío de mensajes de texto con contenido de carácter netamente sexual o erótico».¹

Los dos términos que componen la palabra hacen referencia a *sex*, que significa sexo, y *texting* que hace alusión al texto, teniendo en cuenta que en un principio únicamente se contemplaba el envío de mensajes de textos con contenido sexual.

Con el desarrollo global y la innovación de las tecnologías de la información y la comunicación se ha delimitado un nuevo término para este fenómeno; actualmente el *sexting* es caracterizado por el envío de «fotografías y videos sexuales», que a su vez se entiende que son tomadas o grabados por el propio protagonista de estos o de un tercero con su consentimiento y enviados a través, principalmente del teléfono móvil y las redes sociales.

Según González, el origen del *sexting* surge por el aumento de la actividad sexual que conjuntamente acompaña a la revolución tecnológica, la sociedad contemporánea ha decidido adentrarse en nuevas conductas que, en la cotidianidad de las relaciones interpersonales, en tiempos pasados, no hubieran sido posible que se suscitaran, por ende, se podría decir que el *sexting* no es una figura que pudiera constituir un delito penal, sin embargo, existen diversas situaciones que acarrear a su vez problemas jurídicos conexos que parten desde que el envío de la imagen o vídeo traspasa la esfera de dominio de la víctima.²

El autor Mejía, interpreta al *sexting* como la acción de recibir, enviar o reenviar mensajes de texto, imágenes o fotografías que presentan un contenido sexual explícito, vía internet o teléfono celular, teniendo en cuenta que muchas de estas imágenes son enviadas de manera masiva por las diferentes plataformas sociales, que de esta forma atacan de una manera directa a la víctima que está siendo expuesta de momento.³

1 Rosales, M., «Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los Derechos Humanos», en Revista IIDH, San José, 2020, pp. 137-176.

2 González, C., «Delito de sexting secundario: de su introducción y regulación en el Código Penal Español», Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2019, pp. 50-56.

3 Mejía, G., «Sexting: una modalidad cada vez más extendida de violencia sexual entre jóvenes. Perinatología y reproducción humana»,

En congruencia con ambos autores, se puede esclarecer el concepto de *sexting* de una manera específica adentrándose por completo en una problemática a nivel socio-contemporánea de este nuevo fenómeno que se produce a escala global, en una época caracterizada por el aumento del uso de la tecnología la cual es utilizada para el envío de contenido sexual explícito que compromete directamente a la intimidad personal y sexual de la persona expuesta.

Según Boisseranc, son cinco las particularidades que definen al *sexting* como tal, entre ellas se encuentran las siguientes:⁴

Voluntariedad: el sujeto activo es el que produce y envía la foto o video de forma voluntaria, sin coacción existente por la otra parte.

Uso de aparatos tecnológicos: el envío de imágenes, videos, audios con contenido sexual, no será posible sin estos dispositivos.

El carácter sexual o erótico del contenido compartido: si no existiera el envío bajo esta modalidad no se estaría configurando el fenómeno conocido como *sexting*.

Naturaleza casera y privada: el *sexting* se caracteriza por no tener contenido pornográfico profesional, únicamente es difundido de una manera íntima, basándose en una relación de confianza.

Las particularidades que se mencionaron son preceptos que parten de una delimitación sociológica hacia el fenómeno del *sexting*, más no constituyen una delimitación jurídica que contempla directamente la figura del *sexting* secundario, ya que la misma contiene un tipo de caracterización por el hecho de estar considerada como delito dentro del ámbito de aplicación penal.

Tipos de *sexting*

El *sexting* corresponde a un fenómeno actual, por ende, es necesario comprender desde una mirada integral los tipos de *sexting* existentes para tener en cuenta cuándo se está tratando de un delito y cuándo esta práctica es considerada como una parte de la libre intimidad sexual de las personas que lo practican, sin generar daños colaterales al recibir estas imágenes o videos de índole sexual o erótico. Por ello es importante tener en cuenta que existen únicamente dos clases de *sexting*: el *sexting* primario y el *sexting* secundario.

Salmerón concibe al *sexting* primario como «la emisión voluntaria, consciente y legítima de imágenes, vídeos y otros contenidos de carácter íntimo, erótico o sexual».⁵

Por consiguiente, el *sexting* primario posee un común denominador que marca una diferencia sustancial, el cual es el envío voluntario de imágenes o videos a una segunda persona a manera de una interrelación íntima, que se sobre entiende no traspasa en lo absoluto la esfera de dominio entre ambos sujetos, teniendo en cuenta que forma parte de su vida íntima en relación con el desarrollo de su libre integridad sexual.

Pozueta establece una diferenciación en lo que la doctrina jurídica ha distinguido conceptualmente como *sexting primario* y *sexting secundario*. Mientras que el *sexting primario* presume la divulgación consentida en el marco de una relación íntima, en el *sexting secundario* la difusión se realiza sin consentimiento hacia otras personas.⁶

Para enfatizar en el *sexting* secundario se debe considerar que se está hablando de un modelo en el cual uno de los miembros de la relación se ve afectado debido a que los retratos o

en *Revista Scielo*, México, 2014, pp. 218-221.

4 Biosseranc, M., «Habilidades sociales y *sexting* en estudiantes del 2.º, 3.º y 4.º de secundaria de una institución educativa privada de la ciudad de Cusco», Universidad César Vallejo, Perú, 2018, p. 34.

5 Salmeron, M., «Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Madrid, 2016, pp. 53-67.

6 Pozueta, J., «La tipificación del *sexting* tras la reforma del CP de 2015», Universidad Pública de Navarra España, Madrid, 2018, p.23-26.

videos contentivos de erotismo o sexualidad, sobrepasan la esfera de dominio de la víctima y se difunde a terceros, de tal forma se puede aducir que se viola de una manera directa la integridad de la persona, que, por una relación de confianza ejercida entre las partes, la misma envía esta clase de contenido.

A continuación, se analizan algunos autores que conciben el concepto de *sexting* secundario, desde una posición jurídica en donde se ven comprometidos ciertos derechos hacia la persona que se presume vulnerada por esta clase de actos, los mismos que se convierten en una afectación grave hacia la integridad sexual de la persona que se lo cataloga de ahora en adelante como víctima.

El *sexting* secundario se configura cuando:

[...] el supuesto autor conserva el mensaje, la imagen o vídeo ajeno de contenido sexual y lo divulga a terceros utilizando tecnologías de la información y comunicación, todo ello, como hemos adelantado, sin aprobación alguna de los protagonistas del mensaje, video o imagen⁷.

Para la autora Casanova, el *sexting secundario* conlleva la propagación, sin la anuencia de la persona afectada, dentro de lo que respecta a fotos o videos con algún tipo de imágenes o actividades sexuales.⁸

El interés jurídico penal de las prácticas de *sexting* se encuentra en lo que se ha definido como *sexting secundario* puesto que el *sexting primario* contempla un concepto amplio alrededor de las prácticas sexuales que se pueden suscitar en el envío del material de carácter sexual y varía desde la intensidad sexual, la acción y el lugar de su obtención, por ende, se puede deducir a través de la figura planteada una diferencia sustancial dentro de lo que respecta del *sexting* secundario.

El *sexting* secundario, se lo puede reconocer sencillamente por los factores que rodean esta acción, sobre todo por ser muy específica, esta figura se enmarca en el prototipo penal según los preceptos que fundamentan al derecho penal, los mismos que responden a la mínima intervención y a la última ratio.

Para Luzón, el principio de mínima intervención contempla que el derecho penal no regula todos los comportamientos de la persona en sociedad, sino solo en orden para evitar la severidad de atentados dirigidos contra importantes bienes jurídicos.⁹

Es así como se puede percibir que solo una vez que se configuren los tipos penales característicos de una acción en donde se vean afectados derechos fundamentales, es decir bienes jurídicos protegidos, el poder punitivo actuará, caso contrario, de no ser necesario, no se caracterizará a la acción como delito.

En tal sentido, en el *sexting secundario* existen elementos tanto en el contenido como en el comportamiento característico que permite aseverar que existen los elementos de antijuridicidad que transgreden de una manera directa los bienes jurídicos protegidos, como el asunto de la privacidad personal de la ahora víctima bajo delimitada modalidad.

Para poder normativizar este fenómeno es importante mencionar el principio de última ratio; como se lo mencionó anteriormente, existen bienes jurídicos protegidos en relación con la privacidad personal que se encuentran en juego en esta práctica.

El principio de última ratio, en relación con el *sexting* secundario, es fundamental en estos casos, dado que lo que se busca mediante este principio es la intervención como tal del

7 Mendo, A., «Delitos de descubrimiento y revelación de secreto: acerca de su aplicación al sexting entre adultos, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, México, 2016, pp. 1-27.

8 Casanova, C., «Delito de sexting secundario de su introducción y su regulación en el Código Penal español», Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2019, pp. 70-72.

9 Luzón, D., «Lecciones de derecho penal: Parte General», Editorial Tirant lo Blanch, España, 2016, pp. 54.

derecho penal, puesto que el objeto de este es evitar la lesión de bienes jurídicos protegidos catalogados como fundamentales, y de esta manera evitar que se transgredan, de tal forma que la persona afectada encuentre protección normativa tras una vulneración a los derechos comprometidos frente al acto catalogado como ilícito.

Castelló considera que no solo una fotografía o una grabación reviste el carácter suficiente para afectar a este núcleo, (entiéndase como núcleo a la esfera central que caracteriza al *sexting* secundario dentro de lo que compete el menoscabo a la intimidad personal) sino que determinadas grabaciones de audio sin imágenes pueden generar un grave menoscabo a la intimidad.¹⁰

De lo expuesto se deriva que la práctica con connotación sexual del *sexting* y el delito suponen dos circunstancias distintas y no implica que siempre se den ambas situaciones en un mismo hecho entre los sujetos que intervienen.

Por tal razón, para que se produzca el delito de *sexting* es necesario que se difunda el contenido, ya sean fotos, videos, grabaciones de audio, siendo el mismo un acto voluntario y teniendo en cuenta la esfera de privacidad que supone la víctima para con la persona a la cual se le enviará el mensaje.

En conclusión, se debe considerar la connotación mediante la cual se envían los mensajes, videos, o fotografías delimitando los tipos de *sexting* existentes, dado que el *sexting* primario en relación con el *sexting* secundario tiene bases totalmente distintas, partiendo desde el carácter de su contenido, el grado de intensidad sexual, las acciones realizadas para la obtención del contenido y el espacio o lugar de su procedencia, teniendo en cuenta que en el primer caso su práctica no transgrede derechos fundamentales, mientras que el *sexting* secundario vulnera de manera directa la integridad de la personal al momento de la difusión del contenido a una tercera.

El *sexting* como delito

El *sexting* secundario es considerado actualmente como delito en algunos países, debido a la esfera en la cual dicho acto se desarrolla, conforme a su naturaleza penal, en donde se enfrasca la tipicidad antijurídica que compromete de una manera directa derechos protegidos de carácter fundamental, los mismos que requieren de protección especial por el aparato estatal.

El interés jurídico penal de las prácticas de *sexting* se encuentra en lo que se ha definido como *sexting* secundario. A diferencia del *sexting* primario, cuando se produce esta conducta, se está lesionando un bien jurídico, mientras que en el *sexting* primario ningún derecho resulta lesionado.¹¹

El bien jurídico principal lesionado en la práctica del *sexting* secundario es la intimidad personal, dado que se está afectando de manera intrínseca la privacidad de la persona comprometiendo a su vez la integridad de esta.

La intimidad personal es un derecho reconocido en casi todos los ordenamientos jurídicos dotándolo de un carácter especial y fundamental, el mismo que goza de protección, tanto a nivel de normativa doméstica como internacional por los tratados internacionales.

Para comprender este derecho es necesario enfatizar la garantía que le atañe al mismo como

10 Castelló, N., «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y delitos contra el honor», Universidad de Granada, España, 2015, pp. 101.

11 García, D., «Nuevos conceptos de violencia: el delito de *sexting*», en Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, España, 2019, pp. 89-93.

fundamental dentro del marco jurídico, es así como en el ámbito jurisprudencial a nivel constitucional algunos de los dictámenes del Tribunal Constitucional de España referidos a la intimidad particular por la presencia de un espacio propio y confidencial de cara a la acción y la comprensión de los demás, precisa, de acuerdo con las normas de la cultura, para conservar una mínima calidad de vida.

Consiguientemente, se puede establecer que el derecho a la intimidad no solo consiste en el derecho a la vida privada de la persona, sino que brinda un enfoque en el sentido amplio, haciendo alusión a que los demás respeten este ámbito propio e íntimo de la persona en correlación con otros individuos.

En consecuencia, se señala que este derecho «confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido».¹²

Igualmente, se otorga una protección al titular de este bien jurídico, de este modo separa a terceras personas de toda clase de violación a la intimidad, independientemente si se tratara de personas naturales o jurídicas.

El derecho a la intimidad personal otorga exclusión frente al resto de individuos que no han sido autorizados para acceder a su esfera íntima y si lo han hecho, se pretende impedir que la información recibida no sea revelada, publicada ni difundida si no ha sido autorizada.

Esta concepción se ha ido ampliando a lo largo de los años puesto que el derecho a la intimidad era considerado en sentido negativo o de exclusión, es por ello por lo que se ha ido adecuando este precepto a la realidad social y en la actualidad se podría decir que se deriva de la capacidad de decisión y elección del interesado sobre la persona o personas con quienes comparte sus intimidades.¹³

En este sentido, el derecho a la intimidad personal radica en la decisión del individuo, que surge a raíz de su libre elección y albedrío con quien compartir su intimidad, entendiéndose así al *sexting* como una práctica de libre elección, siempre y cuando se tenga en cuenta el deseo de la persona en compartir ciertos rasgos de su intimidad personal, teniendo en cuenta también que la intimidad personal *per se* no trasgrede ningún bien jurídico, si la misma no compromete o pone en riesgo la integridad de la persona, tanto a nivel psíquico como físico.

Para aproximarse al *sexting* secundario como delito es importante recalcar el ámbito punitivo que caracteriza a este fenómeno, en este caso existe una trasgresión continua hacia el bien protegido consagrado en la norma suprema, en referencia a la intimidad personal y a la honra, de la cual sus derechos serían vulnerados tras este acto. En este orden de ideas:

El tipo básico prevé como conducta típica la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la víctima, pero sin el beneplácito de esta para la divulgación. Se está ante tres acciones de diferente calado, pues la difusión parece tener mayor potencialidad lesiva, ya que se pierde el control del objeto material una vez que terceras personas acceden a él.¹⁴

En lo que respecta al tipo penal delictivo del *sexting* secundario, prevé la lesión directa al bien jurídico protegido latente en este tipo de cometimientos y acciones, debido a que la materialización de dichas imágenes a un tercero sale de la esfera de dominio de la víctima hacia su destinatario, basándose así en una relación interpersonal en donde el vínculo en el cual la imagen, video, audio pretendía ser mantenido.

12 FJ3 Tribunal Constitucional de España, STC 159/2009 / 29-06-2009.

13 Herrán, L. K., «La violación de la intimidad en la protección de datos personales», Madrid, Editorial Dykinson, S.L, pp. 25-30.

14 Colás, A., «Nuevas conductas delictivas contra la intimidad», Asunción, Editorial Tirant Lo Blanch, 2015, p. 78.

Por lo tanto, la transgresión que sufre la víctima en este tipo de escenario trasciende de manera jurisprudencial y ontológica a un delito, puesto que como se interrelacionó anteriormente existe un bien jurídico protegido, en tanto el tratamiento que se debe otorgar a la conducta es típico, jurídico y culpable.

Análisis dogmático penal del *sexting* secundario:

Para entrar al desarrollo del análisis dogmático del tipo penal que se pretende esclarecer es importante que se parta desde la teoría del delito. Los tipos penales se encuentran delimitados por normas jurídicas que tienen un carácter penal, las mismas que establecen una sanción ante el incumplimiento de un deber jurídico, teniendo en cuenta que los tipos penales tienen por finalidad una sanción ante un determinado comportamiento.

La tipificación de una conducta dentro de lo que compete al ordenamiento interno normativo, debe contar con dos funciones, las mismas que ayudarán a delimitar el delito. La primera es la sistematización, en ella se encuentran delimitadas las categorías del delito, las cuales nos permiten determinar si la acción concatena con los tipos penales pertinentes y a su vez delimita la sanción a recurrir por el tipo de delito y su cometimiento.

Por otro lado, se tiene la función de garantía, la misma que «brinda protección al ciudadano con el fin de evitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal, la cual es aplicada por medio del principio *nullum crimen nulla poena sine lege y nullum proceso sine lege*».¹⁵

Ambas funciones emanan un carácter deliberativo referente a la operatividad y a la valoración de un delito, pues la primera se centra en la acción como tal, la segunda confiere un carácter preventivo para el ciudadano y conjuntamente se enmarcan en el poder punitivo y la mera responsabilidad del Estado.

Con el fin de entrar en el análisis dogmático es justo señalar que se empezará a enfatizar en la clase de sujetos, en el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación del *sexting* secundario, con el objeto del tipo penal que se encuentra comprometido en esta práctica, la conducta del tipo que se pretendería sancionar tras la vigencia de esta nueva norma y el tipo subjetivo que corresponde al dolo y a la imprudencia que pueden contemplarse en este tipo de casos.

Los sujetos penales del tipo hacen referencia a las personas que se encuentran inmiscuidas en el delito, es decir, al agresor y a la víctima de este. El sujeto activo hace referencia a «la persona que», refiriéndose concretamente a un delito común en el cual cualquier sujeto puede incurrir en el mismo, sin que el legislador le requiera una calidad o condición específica como ocurre en los delitos especiales o de sujeto activo calificado.

Cuando se refiere a la conducta del *sexting* secundario, es necesario cuestionarse ciertas preguntas que responden al carácter de la información o contenido transmitido de la persona en cuestión, teniendo en cuenta si es que «cualquier persona» puede divulgar el contenido íntimo de una persona hacia un tercero, claramente la respuesta debería ser negativa.

Para determinar el sujeto activo dentro de la conducta del *sexting* secundario, es preciso considerar que el sujeto pasivo de determinada acción debe tener un vínculo, no necesariamente sentimental con el sujeto activo, pero sí debe haber una relación de confianza, que a su vez se rompa al momento de la divulgación a un tercero, donde claramente se vería afectado la esfera de dominio del sujeto pasivo.

Es decir, el sujeto activo que engloba la caracterización del *sexting* secundario limita al sujeto activo a relaciones en muchos casos indescifrables como las relaciones interpersonales de

15 Echandía, R., *Derecho penal*, Editorial Temis, Colombia, 1990, p. 92.

cualquier índole, teniendo en cuenta que solo se determina al sujeto activo en calidad de la confianza que sea otorgada por el sujeto pasivo, del material divulgado en un contexto erótico o sexual.

Dentro de lo que compete al análisis del individuo pasivo en la caracterización del comportamiento del *sexting* secundario, es adecuado mencionar que este es «el titular del bien jurídico protegido».¹⁶

Es decir, en materia del *sexting* secundario el sujeto pasivo, es el titular de la foto o video, estimando que este posee la información electrónicamente, por lo tanto, puede inferirse que el sujeto pasivo es fácil de identificar, y puede ser cualquier persona independientemente del género, como se mencionó anteriormente en acápites anteriores el *sexting* secundario ya constituye un fenómeno social.

Posteriormente se analiza al bien jurídico que se desea proteger. En el ámbito penal el bien jurídico hace alusión a un derecho subjetivo que, en la práctica de la conducta en sí, está siendo transgredido.

Dentro del contexto penal el *sexting* secundario, representa un factor sustancial del tipo en donde lo que se debería proteger es el derecho a la vida, la intimidad personal y los derechos conexos al mismo, la eventualidad de que un derecho sea protegido constitucionalmente abre paso a la tipificación de ciertas actuaciones que sin lugar a duda poseen un tipo penalmente relevante.

En el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador se establece el derecho a la privacidad personal y familiar, como un derecho fundamental, por lo tanto, se procura mediante el derecho penal tutelar ciertos derechos, que deben estar protegidos por el Estado, debido a que estos tienen rango constitucional, teniendo en cuenta el rango de lesividad que surten los efectos ante delimitadas conductas.

Para analizar el caso de *sexting* secundario, el objeto material es el contenido íntimo de la persona, el mismo que sirve para delimitar el tipo de contenido y a su vez la intención de este, para así lograr que la conducta de su divulgación sea concatenada dentro de lo que compete a una infracción penal.

Por lo tanto, en lo que respecta el objeto material en los casos de *sexting* secundario es necesario enfocarse en los tipos de contenidos principales, el fotográfico y video audio visual, dado que son los que mayor afectación podrían causar al sujeto pasivo al momento de su divulgación.

En conclusión, el objeto material debería especificarse en la mera identificación del sujeto que se muestra en dicho material y las acciones que la misma realiza; así, el delito de *sexting* secundario debería limitar su campo de acción principalmente a esta categoría de material.

Como último filtro del tipo objetivo, se encuentra la «conducta» del tipo penal, la misma hace referencia a todo comportamiento que se manifiesta externamente el cual produce un resultado, en el caso del derecho penal, la conducta penal hace referencia a la acción que transgrede un bien jurídico protegido, la misma que puede terminar en la lesión de un derecho.

La conducta dentro de lo que respecta al *sexting* secundario, responde al envío, difusión, reproducción de un video de carácter sexual o erótico, es decir, los verbos antes mencionados, son los rectores para este tipo de delito.

Por otro lado, el tipo subjetivo en lo que respecta al análisis dogmático hace referencia al dolo y a la culpa que se puede ejercer al realizar determinada acción, de este modo, el dolo hace referencia al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, el elemento cognitivo y volitivo.

16 Crespo, E. y Rodríguez. *Curso derecho penal: parte general*, Barcelona, Editorial Experiencias s. L., 2016, p. 206.

A su vez la imprudencia es la inobservancia del deber objetivo de cuidado, es decir, donde se realiza una acción que causa una consecuencia lesiva, o sea, un daño a la otra persona, pero que la misma fue realizada sin el objetivo de dañar por desconocimiento desde el sujeto activo, sin embargo, cabe mencionar que el *sexting* no es culposo, dado que la acción no está catalogada dentro de la costumbre.

En conclusión, se puede afirmar que el *sexting* secundario cuenta con todas las características a nivel dogmático y del tipo, para ser tipificado dentro de lo que respecta en la normativa ecuatoriana, puesto que delimitada acción cumple con los filtros estipulados anteriormente, lo cual en este contexto demuestra que debe ser normativizado.

Que tratamiento se brinda en el Ecuador a los casos de *sexting* secundario conforme el art. 178 del coip vs. la legislación española

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en su artículo 178, hace relación a la violación a la intimidad, de forma amplia y no específica en qué contexto la violación a la intimidad puede ser penada, en relación con lo mencionado en el acápite anterior.

El tipo penal de violación a la intimidad en el Ecuador podría estar ligado a las conductas del *sexting* secundario, teniendo en cuenta que existen aspectos problemáticos que se deslindan del articulado. Bajo este propósito se recurre a comparar el delito de la legislación ecuatoriana, con el respectivo delito de *sexting* secundario de la legislación española.

Es primordial manifestar que la forma en la cual el Estado ecuatoriano ha optado por sancionar la conducta dista de la manera mediante la cual España ha tipificado la misma, debido a que España optó por tipificar la conducta del *sexting* secundario de una manera concreta, basándose específicamente en el tipo material y la forma mediante la cual la fotografía o video es obtenida.

Para evidenciar esta situación, es necesario manifestar que la contravención a la intimidad está consagrada en el artículo 178 del COIP de la siguiente manera:

Artículo 178.- Violación a la intimidad.- La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y video en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.¹⁷

El precepto es muy amplio, ya que las conductas de *sexting* se encuentran tipificadas en un tipo penal mucho más amplio que recoge una multiplicidad de comportamientos y materiales, el mismo que incorpora varias figuras delictivas contra la intimidad y privacidad, como el acceso, reproducción, difusión o interceptación, entre otros, de correos electrónicos, contraseñas, fotografías, etc.

A su vez, cabe mencionar que en Ecuador el *sexting* secundario no es un precepto individual, sino que se encuentra incluido junto a otras conductas, en un mismo artículo, inclusive en la legislación ecuatoriana no puede ser penado la persona que a pesar de haber enviado el video salga en él, lo cual deja a la deriva y con una indefensión total hacia la víctima en este caso.

17 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, 2014, p. 30, art. 178.

El hecho ha generado que, en la práctica judicial, siempre que se presentan conductas de divulgación de material «íntimo», producto de una entrega voluntaria por parte de su titular, se investigue y juzgue por este delito ante la falta de otro con mayor especificidad.

En el caso de España, la penalidad se consagra en el artículo 197 numeral 7 del Código Penal, tal como se menciona a continuación:

Será penado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de seis a doce meses quien, sin consentimiento de la persona perjudicada, divulgue, publique o traspase a terceros imágenes o material audiovisual de aquella, que hubiera obtenido con su consentimiento en un domicilio o en cualquier otro espacio alejado del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación perjudique severamente la intimidad personal de esa persona.

La pena se imputará en su mitad superior cuando los acontecimientos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con un ánimo de lucro.

Es preciso mencionar que la tipificación que posee el *sexting* secundario en España es concisa al delimitar, al sujeto activo, al verbo rector a la conducta emanada de la acción y al bien jurídico que se ve transgredido por este fenómeno, por ende, lo que se busca al hacer la comparación entre ambos sistemas normativos es que se pueda delimitar en la normativa ecuatoriana al *sexting* secundario como un delito específico, debido a las características que en él se manifiestan y sobre todo porque existe una falta de precisión en la lógica normativa, del artículo 178 del COIP, al no encontrarse delimitado de una manera concisa.

El *sexting* secundario en el marco de la violencia de género

La violencia de género es una problemática actual que se enfrasca en diferentes campos y realidades a nivel social. El objeto de este acápite es analizar a la violencia de género desde el marco del *sexting* secundario, por ende, es necesario empezar conceptualizando la violencia de género desde un espacio teórico para poder empaparnos sobre este fenómeno y reconocer el nivel de impacto que tiene la práctica del *sexting* secundario sobre el sexo femenino.

Según el informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer emitido por la ONU, establece que la violencia de género es: «Todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada».¹⁸

Por ende, se puede aseverar que la violencia de género parte desde la desigualdad que surge en el marco de la relación de poder existente entre un hombre y una mujer, la cual históricamente se ha categorizado en la subordinación de respeto hacia el hombre, para que el mismo no pierda su *statu quo*, inclusive desde la violencia.

En el marco del tema en cuestión debemos tener en cuenta que la violencia de género se contempla en las siguientes formas: la violencia física, la violencia, psicológica, violencia sexual, acoso sexual, violencia económica y la violencia en torno al tráfico de mujeres y niñas.

La violencia de género se sigue reinventando en la época contemporánea en la que vivimos adaptándose a las redes sociales y las distintas maneras en las cuales interactuamos hoy en día de forma virtual. El desarrollo tecnológico constante es proclive a permitir nuevas maneras de vulnerar derechos fundamentales, como el de la intimidad, la propia imagen y el honor, los mismos que terminan siendo una nueva forma de violencia contra la mujer.

18 Beijing, D., «Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer», en Informe, China, 1995, p. 115.

En el marco de la violencia de género, internet permite al agresor extender el acoso y el maltrato más allá de la realidad física, pues son muy numerosos los espacios virtuales y las formas de comunicación que proporciona la red. Surgen, así, nuevas formas de violencia contra las mujeres que dificultan todavía más, si cabe el tratamiento de esta lacra. En los últimos años se ha generalizado el uso de términos como *sexting*, *stalking* o *grooming* para aludir a conductas delictivas como la revelación de secretos, el acoso o el abuso sexual en línea.¹⁹

Por consiguiente, podemos percatarnos de que dichas prácticas se han ido generalizando y repitiendo, si bien nos percatamos en capítulos anteriores, los casos a los cuales me he referido son netamente de mujeres que se han visto en una situación de indefensión absoluta frente a este tipo de actos que se generan mediante cualquier plataforma virtual, teniendo en cuenta que se trata de casos que constituyen violencia de género, dada la relación de desigualdad y de poder del sexo opuesto.

El Instituto Europeo para la Igualdad de Género ha realizado un informe en el cual se puede evidenciar que existe una propagación generalizada en los medios telemáticos, entendiéndose como estos las redes sociales, los mismos que de manera sistemática han propalado la violencia de género de mujeres e inclusive niñas, incentivando la ciber violencia que ha tenido repercusión a nivel mundial.

Consecuentemente, se puede afirmar que esta clase de violencia se deriva del mundo virtual; por ello que la violencia que es ejercida a través del desarrollo de las nuevas tecnologías se podría constituir en una violencia de carácter psicológico la misma que se puede desarrollar a tal punto que repercute en la violencia física.

En un estudio realizado sobre la violencia de género por la Universidad de Sevilla, Tarrío Concejero y García-Carpintero Muñoz, constatan que las nuevas tecnologías inciden de una manera grave en las mujeres afectando su salud y, por consiguiente, especifican que «las nuevas tecnologías de la comunicación han hecho que lamentablemente las víctimas del acoso digital sufran los mismos efectos negativos sobre su salud psicofísica que los agredidos de una manera tradicional».²⁰

De lo expuesto se establece que la violencia ejercida de carácter psicológico, aunque sea practicada de manera virtual con la persona afectada, genera los mismos efectos perjudiciales que la violencia en el plano físico, teniendo en cuenta que algunos de los casos en que se ha suscitado la violencia de género ejercida desde este espacio derivaron en el suicidio de la víctima.

Ciertamente es necesario manifestar que la violencia de género que se ve reflejada en el nuevo uso de las tecnologías hace alusión a aquella violencia de índole psicológica, que consecuentemente se desencadena a partir del hombre hacia la mujer, la misma se ve reflejada en una relación existente entre ambos siempre, con un contenido discriminatorio en contra de ella, por el hecho de ser mujer.

Si bien es cierto la violencia de género surge desde una relación de poder que ejerce el hombre sobre la mujer de manera estructural, que se caracteriza entre ellos, es importante tener en cuenta que la transformación social deriva en nuevas expresiones de violencia y de igual manera la violencia en contra de la mujer se transforma. Hoy en día, la era digital está desarrollada de tal manera que se puede generar a partir de allí nuevos aspectos delictivos desde el ciber espacio.

19 Aránguez, T., «Violencia digital: violencia contra las mujeres y brecha sexista en internet», en Revista Dickinson, Madrid, 2021, p. 424.

20 Tarrío, L. y García, M., *Adolescentes y violencia de género en las redes sociales*, Universidad de Sevilla, España, 2014, pp. 426-439.

Ahora bien, es importante analizar al *sexting* secundario respecto a la violencia de género para concatenarla como un fenómeno, ya que, a pesar de ser catalogado por algunas legislaciones como delito, comprende a su vez una práctica denigrante hacia las mujeres debido al contexto mediante las cuales se envía el contenido de carácter sexual.

El problema de género en este sentido radica en la posición de poder que se genera al momento de enviar o difundir el contenido íntimo de una de las personas implicadas, puesto que al momento de hacerlo uno de ellos queda expuesto frente al otro y sobre todo como se lo ha venido mencionando, la mayoría de los casos suscitados, son en contra del género femenino.

Por consiguiente, la discriminación hacia la mujer, la desigualdad en el género y las relaciones de poder han estado presentes desde el origen mismo de la sociedad patriarcal, las mujeres han sido víctimas de discriminación, no solo por parte de los hombres, sino por parte de toda una sociedad, por lo que sin lugar a duda siempre ha existido una desigualdad de roles, de los cuales se han visto beneficiados los hombres frente a las mujeres.

A manera de conclusión me permito aseverar que, a pesar de la lucha constante, en la cual las mujeres hacemos parte día a día para generar una igualdad en la sociedad contemporánea, es necesario que se tenga en cuenta las maneras en las cuales actualmente se puede generar una situación de violencia de género, de desigualdad, de exposición de la mujer, como es el caso del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Por lo tanto, es indispensable que exista una regulación adecuada para que las víctimas, en este caso las mujeres afectadas, tengan una figura legal mediante la cual se pueda defender con base a derecho y respetando a su vez su integridad.

Tipificación del *sexting* secundario en el COIP

Respecto de las consideraciones que se han realizado a lo largo de la investigación, del análisis del *sexting* secundario en un marco teórico crítico y a la vez dogmático, me permito plantear algunas consideraciones que deberían ser implementadas para poder normativizar al *sexting* secundario dentro del Código Orgánico Integral Penal.

En primer lugar, quisiera dejar en claro la importancia que tiene este fenómeno a nivel sociológico, puesto que como se lo expuso anteriormente existe un sinnúmero de casos alrededor del mundo que se han visto afectados por no contar con una ley que respalde sus derechos de forma adecuada, por ende, esto nos lleva a cuestionarnos la responsabilidad que tiene el Estado frente a la protección de derechos fundamentales, y la tipificación de nuevas normas que se adapten a la realidad contemporánea.

Como segundo punto, es indispensable afirmar que el tipo penal que se encuentra consagrado en el COIP referente a la violación de la intimidad personal, es inadecuado para contrarrestar esta problemática, debido a la confusión que existe, de acuerdo con las conductas que se detalla en el mismo, puede contar no solo en el marco del *sexting* secundario, sino en otras conductas propias de diferentes delitos.

Consecuentemente, es necesario replantear la delimitación que contiene el art. 178 del COIP, en donde se pueda generar un apartado delimitando la conducta del *sexting* secundario donde se disponga de una manera clara y efectiva los elementos de manera normativa como descriptivos del tipo penal en cuestión.

El tipo penal que se requiere implementar se debe estipular de una manera concreta sobre todo en el tipo de material sobre el cual versa la prohibición de divulgación, ya que en el tipo penal vigente como lo estipula el artículo 178 del COIP, no es conciso respecto a los datos personales que provocarían una vulneración al derecho a la intimidad.

Por ende, es preciso delimitar el material de acuerdo con la figura del *sexting* secundario que hace referencia a la divulgación de grabaciones de video o fotografías que demuestren un contenido de carácter sexual, o erótico, con la finalidad de que el juzgador pueda delimitar de una manera adecuada si es que cumple con la conducta señalada en el tipo propuesto.

Otro de los aspectos importantes que se debería tener en cuenta para su tipificación es el grado de afectación que podría tener la víctima con este tipo de prácticas, ya que lo que se busca tipificando un conducta en el Código Penal es la protección de derechos fundamentales que se ven atacados intrínsecamente mediante conductas que son antijurídicas, y sobre todo se busca que mediante la pena y la interposición de la misma genere en la sociedad un delimitante para que en su efecto la mencionada conducta no se realice, puesto que el poder punitivo del Estado actuará de ser el caso.

Debemos tener en cuenta el análisis comparativo que se hizo en la investigación frente a otras legislaciones que ya han tipificado al *sexting* secundario para establecer en él, que el material difundido genera una afectación directa al bien jurídico protegido del tipo penal, lo cual permite tener una aplicación acertada al momento de emplear la norma, teniendo en cuenta que el grado de afectación de la víctima debe ser tal que se demuestre que existe una grave afectación en su proyecto de vida, integridad y dignidad.

A su vez, es conveniente mencionar que es importante que se disponga de una manera estricta, el cómo se obtuvo el material de contenido íntimo o sexual al momento de ser divulgado, es decir, que se analice en cada caso en concreto, cuáles fueron las personas que incurrieron en divulgar, difundir, enviar, es decir, que se contemple el verbo rector con anterioridad, teniendo en cuenta en qué contexto las recibió por parte del sujeto pasivo si fue de manera directa o por otro medio, para de esta manera delimitar quién es la persona que obtiene el material, luego de que el mismo haya sido compartido.

Finalmente, concluiré con una propuesta de artículo, contemplando cada uno de los puntos que se estipularon en el análisis anterior.

Propuesta de artículo para la tipificación del *sexting* secundario en el ordenamiento penal ecuatoriano

La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, difunda, revele o ceda a terceros, imágenes o videos de connotación sexual, que hayan sido obtenidos con el consentimiento de la víctima o enviados por esta, siempre que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Se aplicará el máximo de la pena si concurren una o más de las siguientes circunstancias:

1. Si la difusión es cometida por el cónyuge o por la persona que esté o haya estado unida a la víctima por una relación de afectividad.
2. Si la víctima es menor a dieciocho años, mayor a sesenta y cinco años, mujer embarazada o persona con discapacidad.
3. Si los hechos se realizan con la finalidad de obtener un beneficio económico u otro de orden material o inmaterial.

Conclusiones

Las características de la sociedad contemporánea que se desarrolla, en gran medida, en espacios virtuales requiere de una legislación actualizada en materia de protección a la intimidad personal en esta nueva dimensión que genera la tecnología.

El reto de las nuevas tecnologías en el desarrollo jurídico supone que los legisladores tengan una comprensión profunda de las dinámicas socioculturales que se desarrollan en estos espacios virtuales, porque si bien es cierto que las normas y las leyes se adaptan a las nuevas realidades, es igual de cierto que pueden conducir las conductas sociales que se pone en tendencia.

Como se ha evidenciado a lo largo del artículo el *sexting* se categoriza en dos niveles, los dos, desde sus características, requieren un tratamiento distinto específico, que por un lado repare a las víctimas, pero que adicionalmente persuada la conducta de los actores de esta práctica.

Es determinante que los tipos de *sexting* estén contemplados en la normativa, para ello, la presente investigación ha tomado como referencia la escasa literatura que hay sobre ellos, para identificar al *sexting* secundario como delito, puesto que existen dos clases: el *sexting* primario, que supone envío de imágenes de carácter sexual donde no se trasgrede la esfera de dominio de la persona, es decir, es una práctica que se realiza como parte de la intimidad de una pareja, y el *sexting* secundario que, como sabemos, la esfera de dominio se ve vulnerada por el envío de imágenes de contenido sexual a un tercero sin consentimiento de la parte afectada.

En la Constitución de la República del Ecuador se reconocen los siguientes derechos humanos fundamentales: el derecho a la intimidad personal, el derecho al honor y buen nombre, y el derecho a la integridad, los cuales se ven comprometidos tras la práctica del *sexting* secundario, por lo que dentro de este ámbito constituye un marco que nos permite bajo estos derechos constitucionales desarrollar la normativa específica de protección del *sexting*.

Como se ha contemplado en el COIP, en su artículo 175, no se especifica de manera adecuada el tipo penal, y es insuficiente para poder subsumir esta conducta de manera adecuada, por lo que nos encontramos frente a una normativa sumamente amplia que en su afán de proteger el derecho a la intimidad personal ha optado por articular en su contenido un texto extenso que no delimita de manera específica los casos en concreto que se pretenden proteger, ni se concatena de manera adecuada la conducta subsumible en los casos del *sexting* secundario, por lo que es necesario implementar este nuevo tipo penal de una manera delimitada que se base en las características que posee la práctica del *sexting* secundario para ser normada.

Finalmente, es importante considerar que el reconocimiento de un fenómeno social que se ha puesto en evidencia como expresión del delito y la violencia, debe ser discutido tanto desde la perspectiva jurídica, que se ha mencionado, como desde la perspectiva de género, puesto que constituye una forma de violencia contra la mujer, debido a que la práctica del *sexting* secundario en la mayoría de casos expone a las mujeres desde la esfera íntima con la exposición de sus cuerpos usándolos tras el envío masivo de sus fotografías o videos, teniendo en cuenta que la imagen no les pertenece, por lo que esta forma de despojo de la autonomía de las mujeres y del control de sus cuerpos se conecta directamente con otra forma de violencia como el femicidio y el abuso sexual.

Referencias

- Aránguez, T., *Violencia digital. Violencia contra las mujeres y brecha sexista en internet*, Dickinson, 2021.
- Boisseranc, M., *Habilidades sociales y sexting en estudiantes del 2.º, 3.º y 4.º de secundaria de una institución educativa privada de la ciudad del Cusco*. Perú, Universidad César Vallejo, 2018.
- Castelló, N., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor*, Dykinson, 2015.
- Colás, A., *Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197 bis, 197 ter.)*, Tirant lo Blanch, 2015.
- Crespo, E. y Rodríguez, C., *Curso de derecho penal: Parte general*, Ed. Experiencia S. L., 2016.
- De Beijing, D. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer*. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.
- Echandía, R., *Derecho penal*, Temis, 1990.
- García, V., «El delito de sexting frente al derecho a la intimidad. Una aproximación al concepto desde una perspectiva jurídico-criminológica», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, n.º 7, pp. 1-17, 2021. <https://www.ejc-reeps.com/Valenzuela.pdf>.
- González, C. «Delito de sexting secundario: de su introducción y regulación en el Código Penal español», tesis de grado, España, Universidad Pontificia Comillas, 2019.
- Herrán, L., *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, S. L., 1998.
- Luzón, D., *Lecciones de derecho penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2016.
- Mejía, G. «Sexting: una modalidad cada vez más extendida de violencia sexual entre jóvenes», en *Perinatología y reproducción humana*, vol. 28, n.º 4, pp. 218-221, 2014. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000400007
- Mendo, A., «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Artículos RECPC*, vol. 18, n.º 16, pp. 1-27, 2016. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf>
- Pozueta, J. *La tipificación del sexting tras la reforma del cp de 2015*, España, Universidad Pública de Navarra, 2018. <https://1library.co/document/zw0ppr1y-tipificacion-sexting-tras-reforma-cp.html>
- Salmerón, M., «Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 8, pp. 53-67, 2016. file:///C:/Users/1/Downloads/Dialnet-MenoresYRedesSociales-6140097.pdf
- STC 159/2009, BOE núm. 181 (FJ 3 Tribunal Constitucional de España. 29 de 06 de 2009). <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6578>
- Tarriño, L. y García, M., «Adolescentes y violencia de género en las redes sociales», *I + G. Aportaciones a la Investigación sobre Mujeres y Género*, pp. 426-439, 2014.

DERECHO PENAL CENTRAL



La tipificación del delito de femicidio en la legislación ecuatoriana

The legal classification of the crime of femicide in ecuadorian legislation

MARJORIE DAYANARA YANES SEVILLA

iD Investigadora independiente

RESUMEN

En países latinoamericanos como el Ecuador, la cultura patriarcal es la base de la normalización de la violencia de género, por ello la tipificación de normas en favor de las mujeres es el primer paso que dan los Estados para reconocer que la violencia en contra de las mujeres es estructural y de contexto social. El feminismo y la lucha social ha logrado visualizar la problemática, y ha obligado a los Estados a buscar mecanismos para visibilizar y concientizar sobre la brecha de discriminación, de desigualdad, pero fundamentalmente sobre la ola de violencia en contra de las mujeres. La inclusión de tipos penales no cambia patrones culturales como el patriarcado, sin embargo, este tipo penal debe usarse como una oportunidad para debatir la información y la formación de la sociedad ecuatoriana. Negar la existencia de la norma es negar la realidad latente de discriminación a las mujeres.

PALABRAS CLAVE: Femicidio, violencia, mujeres, género, cultura, patriarcado.

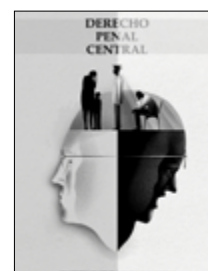
ABSTRACT

In Latin American countries like Ecuador patriarchal culture is the base for normalization of gender violence, thus the typification of norms in favor of women is the first step that the States take to recognize that violence against women is structural and social context. Feminism and social struggle have managed to visualize the problem, and they have forced States to seek for mechanisms to make visible and raise awareness about the gap of discrimination and inequality, but above all about the wave of violence against women.

The inclusion of criminal types does not change cultural patterns like the patriarchy, however, this criminal type should be used as an opportunity for debate, information and the formation of Ecuadorian society.

To deny the existence of the norm is to deny the latent reality of discrimination against women.

KEY WORDS: Femicide, violence, women, genre, culture, patriarchy.



Recibido: 30/03/2022
Aceptado: 15/04/2022

Mujeres de distintos países damos vida a la cultura democrática al denunciar la opresión de género y crear una conciencia crítica sobre la condición de las mujeres. Enfrentamos la falsa creencia sobre lo inevitable de la violencia, la sacamos del encierro y del silencio, del tabú y de la complicidad.

Marcela Lagarde

Introducción

Históricamente el Ecuador ha venido luchando en contra de la violencia de género aplicando medidas insatisfactorias. Cientos de mujeres muertas, sus familiares en pie de lucha, junto con organizaciones feministas pedían a gritos un tipo penal específico para sancionar

<https://doi.org/10.29166/dpc.v4i4.4330>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2022 Universidad Central del Ecuador

ISSN-e 2697-3359
ISSN-i 2697-3251
fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec

estos atroces crímenes. La historia cambia en febrero del 2013 luego del asesinato de Karina del Pozo, joven de 20 años, quien fue asesinada por conocidos con los que había salido el día de los hechos. Este caso se vuelve el centro de atención para todos los medios de comunicación del país, por la brutalidad y la frialdad con la que se dio muerte a la joven; enfureciendo a la sociedad durante un tiempo clave pues ya se encontraba en camino la elaboración del Código Orgánico Integral Penal del 2014; teniendo como resultado que se incluyera en este, el artículo 141, relacionado con el delito de femicidio.

Por ello, es fundamental generar un debate alrededor de la tipificación del delito de femicidio en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, y es que hay quienes piensan que la creación de tipos específicos, no logra erradicar la violencia que hoy en día viven las mujeres; o asumen realidades distintas como las de países europeos en donde de alguna forma la violencia y la impunidad a estos ilícitos ya se ha visibilizado. Sin embargo, en los países latinoamericanos y en específico en el Ecuador, en donde la cultura patriarcal es la base de la normalización de la violencia de género, hay mucho por ahondar y por avanzar.

Hay que reconocer que la violencia de género es una situación de un contexto social, busca, en primer orden, alejarnos de la errada idea de que la violencia en contra de las mujeres solo sucede dentro del hogar, porque bajo esta idea solo se victimiza a la mujer y se la concibe como el elemento débil y sumiso sujeto de protección del Estado, lo que termina invisibilizando una situación de discriminación social latente.¹

La idea de eliminar todas las diferencias que sufren las mujeres en una sociedad injusta, es lo que ha dado paso al empoderamiento con tanta fuerza del feminismo, y es que de allí ha partido la constante lucha de las mujeres, para ser percibidas como iguales, para tener las mismas oportunidades, pero sobre todo para que el Estado se preocupe por la desventaja de la que han sido víctimas durante años.

El primer paso que han dado los Estados es incluir protección a favor de las mujeres en su legislación; esto debido al mensaje que da el derecho penal simbólico,² porque lo ha vuelto una medida de visibilización y concientización para sociedades que niegan, que justifican o que culpan a las mujeres por ser maltratadas, violadas o asesinadas.

Dentro del presente trabajo quiero hacer un abordaje de la importancia de la tipificación del delito de femicidio en la legislación ecuatoriana, desde dos puntos fundamentales, la necesidad social de la existencia del tipo penal, y la tipificación en el Código Orgánico Integral Penal.

1. Necesidad social de la tipificación del delito de femicidio

La sociedad ecuatoriana y en general la latinoamericana, es un tipo de sociedad en la que la violencia contra la mujer es percibida con total normalidad, y ello a consecuencia del tan

1 En España los primeros delitos de violencia de género que se tipificaron fueron los de violencia doméstica, los mismos que incluso tuvieron que desarrollar el bien jurídico de la paz familiar negando que la violencia de género es un aspecto de discriminación y opresión social. Patricia Laurenzo Copello, «Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Revista Estudios Penales y Criminológicos* n.º 35, 2015, p. 788. Recuperada el 05.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Documents/APUNTES%20Y%20DOCUMENTOS%20FEMICIDIO/hacen%20falta%20tipos%20especificos%20para%20proteger%20a%20la%20mujer%20patricia%20laurenzo%20.pdf.

2 De alguna forma el potencial simbólico es un instrumento que ayuda a reconocer situaciones padecidas por las mujeres; porque causa un poder criminalizador y un rechazo social importante; por ello la importancia de su creación en la norma; el cuestionamiento puede ir más allá en su aplicación en donde el juzgador solo busca darle sentido plasmando una víctima y un victimario, dejando de lado la idea principal de lograr una reivindicación social que buscan las mujeres. Roberto Bergalli y Encarna Bodelón, «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992, p. 13. Recuperado el 05.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaCuestionDeLasMujeresYElDerechoPenalSimbolico-142233.pdf.

arraigado patriarcado que según lo determina Herrera³ «es el dominio del varón (Valcárcel, 1991) en el que las mujeres son vistas como parte de sus bienes activos o propiedades»; una sociedad injusta que desconoce por completo los niveles de violencia contra la mujer, que siendo egoísta venda los ojos a las nuevas generaciones haciéndoles creer que la violencia en contra de estas, únicamente se encuentra en el aspecto físico y muchas veces ni aún en este; que las diferencias entre hombres y mujeres son abismales, que nosotros somos cosas y «ellos» son sujetos de derechos, pero sobre todo, una sociedad que ha infundado en los hombres un absurdo sentido de pertinencia sobre las mujeres, convenciéndonos que son dueños de sus decisiones, de su futuro e incluso sus vidas.

En concordancia con lo anterior, el patriarcado desarrolla un sentido de predominio del hombre sobre la mujer, de marido sobre la esposa; y del hombre sobre los demás miembros, como hijos e hijas; siendo la violencia el medio idóneo para preservar ese rol asignado.⁴

El hombre patriarcal siempre asimila la violencia con masculinidad, por ello, al sentir desplazamiento de su rol responde con violencia y con agresividad a la mujer, porque socialmente no es aceptado el despojo de la figura dominante del mismo. La violencia le permite, desde todo punto de vista, afianzar su figura frente a la sociedad y no salir del paradigma impuesto.

En respuesta, nace el feminismo como una resistencia para eliminar esa ola de violencia y de discriminación sin razón, es la batalla frente a un sistema que obliga a las mujeres a ser femeninas para ser aceptadas, que se vuelve cómplice de la subordinación ante las masculinidades de los hombres; es la resistencia ante un sistema que nos culpa a diario si somos maltratadas, violadas o asesinadas. Para Nuria Varela el feminismo⁵ «es una teoría de la justicia que trabaja día a día para que los seres humanos sean lo que quieran ser y vivan como quieran vivir, sin un destino marcado por el sexo con que hayan nacido»; ya que históricamente y en nuestra actualidad las mujeres son obligadas a cumplir roles bajo estereotipos que la sociedad les exige.

El feminismo busca la igualdad analizando la perspectiva y la teoría de género, buscando entre ambos sexos un equilibrio que elimine los sexismos y pase a una aceptación de las diferencias entre sexos, es una nueva visión que cambia el paradigma porque la igualdad históricamente siempre se analizó desde el hombre como modelo del ser humano.⁶

Hoy en día las agresiones en contra de las mujeres se han vuelto una epidemia; según la encuesta de Violencia de Género realizada por el Inec en Ecuador⁷ «el 60,6% de las mujeres en Ecuador ha vivido algún tipo de violencia. La violencia contra la mujer no tiene mayores diferencias entre zonas urbanas y rurales: en la zona urbana el porcentaje es de 61,4% y en la rural 58,7%», dentro de estas estadísticas queda reflejado el altísimo nivel de violencia que tiene el Ecuador, y lo más doloroso son los índices de impunidad de la que los Estados son

3 Herrera Aguirre Ana Lucía, Romo María Paula & otros, *Los derechos de las mujeres en la mira*, Quito, Corporación Humana, 1.ª ed., 2014, p. 76

4 María Concepción Torres Díaz, «La perspectiva de género como criterio de interpretación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal» en *Investigación y género, inseparables en el presente y futuro*, s/d, 2012, 2037. Recuperado el 08.05.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Pages%20from%20Investigacion_Genero_12-1509-2188.pdf

5 Nuria Varela, *Feminismo para principiantes*, España, Ediciones bsa, 2005.

6 Roxana Arroyo Vargas, «Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho», en *Revista IIDH*, N.º 53, 2011, p. 40. Consultado el 15.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/r26673.pdf.

7 INEC, *Encuesta sobre relaciones familiares y violencia de género*, Quito, 2012. Recuperado el 10.06.2020 en http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com_content&view=article&id=490%3A6-de-cada-10-mujeres-sufren-violencia-de-genero-en-ecuador&catid=68%3ABoletines&Itemid=51&lang=es.

responsables por no tomar medidas necesarias para combatir este tipo de vulneración a los derechos humanos.

La respuesta del Estado ha sido incluir en su legislación los delitos en contra de las mujeres, y específicamente el delito de femicidio, sin embargo, el remedio a estas constantes violaciones no es enfrentarlas al poder penal; un claro ejemplo de ello es lo que ha sucedido en otros países, «Tener el femicidio tipificado no ha garantizado en otros países el fin de la impunidad para los casos de violencia machista; Guatemala y México son ejemplos. Tampoco ha garantizado la reducción del número de casos»⁸ con seguridad lo mismo sucedió en el Ecuador, el femicidio se consideró como conducta penalmente relevante en agosto del 2014 cuando el COIP entro en vigencia, y desde la fecha no se han parado el cometimiento de delitos en contra de las mujeres, ni se ha combatido la impunidad por completo. El problema se centra en que la sociedad sigue pensando que no es parte del problema de discriminación y minimización de la mujer, sino que los casos «aislados» a los que atiende la norma corresponden a hombres desviados que matan a las mujeres, pero que no es el común del actuar social, invisibilizando aún más el problema.

La inclusión del tipo penal «femicidio debe usarse como una oportunidad para el debate, la información y la formación de la sociedad ecuatoriana, los medios de comunicación y los operadores de justicia. El castigo penal no cambia patrones culturales que, como el machismo, se encuentran tan arraigados»⁹ empero, este es el primer paso al cumplimiento de una obligación que tiene el Estado ecuatoriano al ser firmante de tratados internacionales que buscan combatir la violencia en contra de la mujer.

En el Ecuador era necesario tipificar el delito de femicidio, porque las mujeres sobreviven en una sociedad machista y estereotipada; una sociedad que violenta a las mujeres por creerlas débiles, inferiores y por el hecho de serlo; un medio en el «que nacer y ser mujer u hombre, es una condición que marca una diferencia y también marca la vida, las aspiraciones, la libertad, los sueños, las oportunidades y los riesgos»;¹⁰ aquí se debió tipificar el femicidio porque este es el camino que todo Estado debe tomar para reconocer la fuerte brecha entre hombres y mujeres, y para que las mujeres empiecen a ser visibilizadas y reconocidas como sujetos de derechos.

México, es un ejemplo claro de la poca preocupación que mostró el Estado ante la violencia en contra de las mujeres; el caso Campo Algodonero solo pone en evidencia, que al Estado mexicano no le parecía raro encontrar cadáveres de mujeres cercenados, con cortes en los senos o con frases como puta o perra, cuerpos que hablan por sí solos, que demuestran humillación, vejación y dolor;¹¹ no se necesita una ciudad Juárez en el Ecuador, ¿no basta con mujeres muertas con sinnúmeros de puñaladas, con niñas y adolescentes muertas después de ser violadas; no basta con cadáveres de mujeres escondidos en cisternas o abandonados en medio de la nada?

Por ello, es errado indicar que formar un derecho penal sexuado¹² o dar una respuesta jurídica adecuada a la violencia de género es un favoritismo para con las mujeres, o peor aún que

8 Ana Lucía Herrera Aguirre, Romo María Paula & otros, *op. cit.*, p. 51

9 *Ibid.*, p. 82.

10 Ramiro Ávila Santamaria & otros, *El género en el derecho. Ensayos Críticos*, 1.ª ed., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 20.

11 Patricia Laurenzo Copello, «Apuntes sobre el femicidio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012, p. 124. Recuperada el 16.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Documento(5).pdf.

12 El derecho penal sexuado es un modelo en el que los ordenamientos jurídicos, en donde se tipifican normas específicas en contra del maltrato intrafamiliar, y también prevén cualificaciones cuando la víctima es de género femenino y el agresor del género masculino. Carolina Villacampa Estiarte, «La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual a

ello busca formar una figura de la mujer dominante sobre el hombre. El Estado debe evidenciar que no existen privilegios para quien nunca los tuvo; la base de crear un Estado sin discriminación es sacar a la luz todas las problemáticas de desigualdad y trabajar en ellas.

No obstante, los cambios legislativos no pueden combatir por sí solos las creencias sociales, el femicidio no se ha tipificado para que por sí solo cambie el patrón cultural patriarcal; la norma siempre deberá acompañarse de políticas públicas integrales, de educación, de estadísticas y valoraciones de la norma, medios que con el paso del tiempo permitan identificar si surte o no efecto su aplicación.

El tipificar al delito de femicidio debe ser tomado como una iniciativa del Estado para reducir la impunidad a estos crímenes, que si bien se conoce que además de reformas normativas se requiere medidas fácticas; no se debe dejar de lado que las conductas consideradas graves atentados a los derechos humanos son conductas en las que es imprescindible la tipificación expresa en el derecho interno.¹³

Alda Facio en la parábola del origen del femicidio, precisa que nombrar como femicidio al asesinato de las jardineras ayuda a eliminar todo argumento que insiste en mantener a la violencia de género en la esfera privada, o que tiende a culpar a las víctimas por la violencia ejercida en contra de ellas; en sí permite que sea catalogado como un problema social, que debe ser combatido creando condiciones de igualdad entre los jinetes y las jardineras,¹⁴ con lo anterior se reafirma que la norma debe existir como punto de partida para el reconocimiento de este como problema social.

La tipificación del delito de femicidio no es el único paso a tomar para continuar con la lucha para la erradicación de la violencia de género, una política criminal basada en respuestas punitivas no va a sacar a las mujeres por completo del lastre en el que las ha ubicado durante años la sociedad, sin embargo, es un mecanismo para enviar un mensaje claro a la sociedad, para evidenciar que las mujeres mueren por el machismo y que hay la necesidad incuestionable de crear políticas públicas que ayuden a desterrar el condicionamiento cultural que ha dejado el patriarcado.¹⁵

Por otra parte, y en sentido opuesto, sostiene Patricia Laurenzo, que la intervención del derecho penal en la violencia en contra de la mujer, es un retroceso de lo que logró el feminismo liberador, porque generalizó el discurso de las mujeres como seres débiles e incapaces necesitadas de protección del Estado; con lo que se mira al agresor como un problema, pero no concientiza a la sociedad acerca de la desigualdad.¹⁶

Dentro de este marco, si bien puede mirarse al Estado como la figura que oprime las decisiones de las mujeres, porque al haber formado en el patriarcado a las mujeres, estas pasan

los modelos de abordaje normativo» en Carolina Villacampa Estirarte (coord.), *Violencia de Género y sistema de justicia penal*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 76.

Laurenzo Copello, Patricia, «La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo», en Patricia Laurenzo Copello y otras, coordinadoras, *Género, violencia y Derecho*, 1.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 335.

13 Toledo Vásquez Patsilí, *femicidio / feminicidio*, Argentina, s/d, Ediciones Didot, 2014, p. 159.

14 En la parábola del origen del femicidio, Alda Facio hace una metáfora a un mundo habitado por dos sexos, los jinetes y las jardineras, que es una expresión para referirse al hombre y la mujer, aquí se cuenta como el hombre y la mujer desde sus inicios se fueron formando en condiciones desiguales, y como nace la figura de los hipermanes. Facio Alda, «La parábola del origen del femicidio», en *Asociados por lo Justo*, s/d, 2013, p. 5.

15 Cesano José Daniel y Arocena Gustavo, *El delito de femicidio, aspectos político criminales y análisis dogmático jurídico*, 1.ª ed., Buenos Aires, B y F, 2013, p. 85.

16 Copello Patricia Laurenzo. «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35, 2015, p. 798. Recuperada el 05.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Documents/APUNTES%20Y%20DOCUMENTOS%20FEMICIDIO/hacen%20falta%20tipos%20especificos%20para%20proteger%20a%20la%20mujer%20patricia%20laurenzo%20.pdf.

de tener un padre sobre ellas, un marido sobre ellas, para luego tener al Estado sobre ellas. Es lógico que el derecho penal no está cercano de la reivindicación, así como tampoco una política estatal paternalista punitiva, porque la solución no es la intervención del Estado sobre la vida y decisión de las mujeres, ello sería negar el recorrido y la independencia de la que bien nos ha dotado el feminismo.

Es fundamental desterrar la idea de que el Estado debe sobreproteger a las mujeres, incluso en contra de su voluntad, o de que este debe crear un cerco punitivo en contra del agresor y desplegar todo el poder penal, incluso en actos de escasa gravedad, porque ello cataloga a la mujer en la figura de la debilidad y victimización perpetua; y además vuelve a generalizar a la violencia doméstica como la violencia de género. La idea es que la política pública busque por todos los medios la igualdad,¹⁷ para evitar las relaciones de poder o la discriminación que al final terminan causando el femicidio; pero si aún este sucede el Estado debe tener medios de investigación y sanción óptimos para las implicaciones de matar a una mujer por ser mujer.

Entre los mecanismos que más resultados arrojan son las políticas públicas de empoderamiento de la mujer, en los Estados Unidos, el *empowerment* que no es más que darle medios a la mujer para lograr una autonomía absoluta, que le permita superar desde los primeros episodios de violencia y alejarse de su agresor; lo mismo podría intentarse en países latinoamericanos en donde la violencia de género se ejerce por lo general por dependencia económica.

El Estado tiene el deber de dotar de medios para que la mujer pueda separarse de su agresor o aun cuando se negaré, al menos tenga los elementos necesarios para sentirse en igualdad de condiciones; ello sumado a las normas que sancionan la violencia contra la mujer y en específico el femicidio son los medios más óptimos para combatir este ilícito.

2. Tipificación del delito de femicidio en el Código Orgánico Integral Penal

La violencia de género y la discriminación hacia las mujeres no ha sido un tema aislado, por esta razón es que tratados y convenios internacionales han puesto atención sobre esta realidad que se vive alrededor del mundo, y han encomendado a los Estados que tomen medidas y políticas públicas que no solamente erradiquen la violencia en contra de las mujeres, sino que además busquen medios efectivos para lograr la igualdad de las mujeres en todos los ámbitos.

Dentro de estos instrumentos y los que ha firmado y ratificado el Estado ecuatoriano, se encuentra a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, firmada por el Ecuador el mismo año y ratificada en el año 1977, la misma que en su artículo número 1, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención y garantizar un libre y pleno ejercicio de toda persona, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹⁸

Así también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención Belem do Pará de 1994, misma que fue firmada por el Estado ecuatoriano en el año 1995, y ha encomendado a los Estados en su art. 7 a condenar todo tipo de violencia contra la mujer, buscando prevenir, sancionar, y erradicar todo tipo de violencia, mediante acciones como velar que las autoridades y funcionarios, personal y

17 Copello Laurenzo Patricia, «La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo»..., *op. cit.*, p. 335.

18 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 1.

agentes de instituciones no ejerzan violencia en contra de la mujer, actuar con la debida diligencia en los casos en los que haya que investigar o sancionar violencia contra la mujer. Incluir en su legislación interna, normas penales, civiles o administrativas que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, siempre se deberá lograr que el agresor no hostigue, amenace, intimide, dañe o ponga en peligro la vida de la mujer, asimismo los Estados deben poner en vigencia procedimientos legales justos y eficaces para las mujeres víctimas de violencia; establecer mecanismos judiciales y administrativos para que la mujer pueda ser reparada del daño causado, y finalmente encomiendan adoptar disposiciones legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para efectivizar la Convención.¹⁹

En igual forma lo establecido por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la misma que fue firmada por el Ecuador en el año 1999, y específicamente en su artículo 2 encomienda a los Estados parte a condenar la discriminación a la mujer, a velar por el principio de igualdad entre el hombre y la mujer; a adoptar medidas adecuadas legislativas o las que sean necesarias para garantizar los derechos de la mujer, incluso de generar protección jurídica en favor de la mujer, y velar porque la discriminación se erradique dentro de las instituciones públicas y privadas; incluso crear medidas legislativas y derogar leyes o normativas que discriminen a las mujeres.²⁰

Tal y como se mencionó en líneas anteriores el Ecuador firma y ratifica tratados internacionales que conminan al Estado a buscar medios y formas para combatir la discriminación a las mujeres, con lo que se obliga no solamente a implantar nuevas políticas publicas que ayuden a erradicar la violencia en contra de las mujeres, sino además, establecer medios idóneos para combatir la discriminación a estas.

El Estado ecuatoriano en el año 1994 crea las Comisarías de la Mujer y la Familia, sin embargo el funcionamiento de estas no estaba bien estructurado por lo que se denotaba la necesidad de crear una ley específica que norme su funcionamiento y sus competencias, con lo que ya en 1995 y luego de un arduo trabajo y lucha de la Dirección de la Mujer y la Comisión de la Mujer, el Niño y la Familia, más miembros del Congreso y organizaciones de mujeres se aprueba la ley contra la violencia a la mujer (ley 103), siendo el primer paso que da el Ecuador en el reconocimiento para la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer; ya en el año 1997 cambia la Dirección Nacional de la Mujer por el Consejo Nacional de las Mujeres CONAMU, ente encargado de dirigir políticas públicas de género, que traten de encaminar su trabajo con medidas en las que se garantice la igualdad de oportunidades; ya con la Constitución del 2008 se crea el Consejo Nacional para la Igualdad de Género como órgano encargado de velar por los derechos que consagraba la Constitución.

Así mismo y entre otras de las medidas se realizan reformas al antiguo Código Penal ecuatoriano, sin embargo y a pesar de ese reconocimiento a medias tintas de lo que es la violencia en contra de la mujer, el Estado se fue dando cuenta que la violencia no había cesado y que las medidas tomadas no eran suficientes, porque la violencia en contra de la mujer se la había encasillado a la esfera íntima o doméstica, cuando en realidad era un problema de proporción mayor, porque la sociedad ecuatoriana esta enraizada al patriarcado y esto ha normalizado la discriminación, la violencia y ha categorizado a las mujeres como víctimas provocadoras.

19 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención Belem do Pará de 1994, artículo 7.

20 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, del 3 de septiembre de 1981, artículo 2.

En tal sentido, entra en debate la posibilidad por primera vez en la historia del Ecuador de crear un tipo penal específico para sancionar a quien, de muerte a las mujeres, por razones de género, y finalmente y después de dos debates en la Asamblea se decide que dentro del Código Orgánico Integral Penal se iba a incluir la conducta penalmente relevante de femicidio.

Uno de los temas más debatidos con la entrada en vigencia del COIP, fue y sigue siendo el delito de femicidio, «femicidio es la palabra que mejor describe los asesinatos de mujeres por parte de los hombres, motivados por el desprecio, el odio, el placer o el sentido de propiedad sobre ella»²¹ ya que si bien era socialmente necesaria su tipificación, lo que ahora entra en análisis es la tipificación según como consta dentro del COIP y como los legisladores decidieron que este tipo debía estar normado.

En inicios *femicide* fue un término utilizado en Estados Unidos, por Diana E. H. Russell y Jill Radford para definir la matanza misógina evitable de mujeres por parte de hombres; ya luego a manera de traducción al español Marcela Lagarde, termina por definir como femicidio al sinnúmero de vulneraciones de derechos humanos que sufren las mujeres, comprendidos dentro de estos los crímenes y las desapariciones. La idea principal por la que se crea este tipo penal es para visibilizar que este es el resultado de una suma de conductas de violencia desmedida en contra de las mujeres, y de una desigualdad histórica entre la mujer y el varón, frente a la cual el Estado y la sociedad han callado.²²

El artículo 141 del COIP determina «La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años»;²³ la tipificación puede resultar ambigua más aun cuando para muchos este delito debió subsumirse en el delito de homicidio o asesinato únicamente con el agregado de un agravante más que contenga los elementos del tipo; como sucede en el Código Penal colombiano, por ejemplo, que precisamente incluyó al femicidio dentro de su artículo 103 de homicidio, y en su numeral 11 especifica «Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer».²⁴

Si bien parece mucho más simple y acertada la redacción y la ubicación que se ha hecho en el Código Penal colombiano, no es menos cierto que esta tipificación puede resultar una encrucijada, ya que tipificar al delito de femicidio dentro de uno de homicidio es prácticamente dejarlo en la impunidad; que si bien²⁵ «la muerte de una mujer no constituye un delito más grave, hablando específicamente de la muerte como un asesinato común, es necesario que dentro de la tipificación del delito del femicidio como tal se hayan hecho constar otros elementos fundamentales que configure al delito de femicidio, con el afán de asegurar una correcta aplicación de la ley»; y es esa la diferencia fundamental entre un delito común de homicidio o asesinato y el femicidio, que tiene un trasfondo de violencia doméstica y de género; y eso es lo que el legislador trato de plasmar normando elementos específicos como la relación de poder y la manifestación de violencia.

21 María Paula Romo, *El Código Integral Penal y la agenda de los derechos de las mujeres*, 3, recuperado el 10.06.2020 en file:///C:/Users/dyanes/Desktop/LIBROS%20GENERO%20DRA%20PAULA/La%20agenda%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20co%20IP%20(María%20Paula%20Romo)%20EDITADO.pdf

22 Cesano José Daniel y Arocena Gustavo, *El delito de Femicidio, aspectos político criminales y análisis dogmático jurídico*, 1.ª ed., Buenos Aires, B y F, 2013, pp. 85 y 86

23 Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, artículo 130.

24 Código Penal Colombiano publicado en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio del 2000, artículo 103.

25 Chávez Mariela, *Causas y consecuencias de la tipificación del delito de femicidio en la legislación penal ecuatoriana*, tesis previa la obtención del título de Abogado, Quito, Universidad Central del Ecuador, 2014, p. 69.

El ejemplo de lo sucedido en Colombia es interesante, porque tipificar al femicidio tal y como se lo hizo solo invisibilizó la violencia de género con la que viven las mujeres colombianas, y peor aún nunca logró cesar la violencia en contra de estas; como resultado y ya para el año 2016, la ley 1773 crea un artículo autónomo 116^a para sancionar las agresiones con ácido, agente químico o sustancias similares, que es considerada una de las agresiones típicas de género,²⁶ con lo que no solo se evidenció que el tipo de femicidio como agravante del homicidio no causó el impacto social necesario para lograr conciencia acerca del problema, sino que además que la violencia de género, violencia doméstica y la discriminación a la mujer fue una realidad que el Estado colombiano no tomó en serio.

El delito de femicidio debió ser considerado un delito autónomo sin duda alguna, pues esta es una manera de eliminar los años de invisibilización a las mujeres pasando a considerarlas sujetos de derechos, para Ana Carcedo «no pueden ser tratados como iguales a quienes la sociedad coloca en posiciones desiguales, porque este trato formalmente igualitario aumentaría la desigualdad»,²⁷ es por ello que este delito no debió ser incluido bajo ningún concepto como un agravante del homicidio o del asesinato, pues no se puede pretender igualdad ante la ley y sanciones iguales cuando es innegable la desigualdad social en la que se encuentran las mujeres.

Dentro de las especificaciones que se hace constar en el artículo 141 del COIP (femicidio) para que se configure el ilícito, se alude a la relación de poder que no es más que una relación o contacto desigual, «Dentro de un contexto de relaciones desiguales de poder entre géneros, los hombres agresores, ejercen violencia contra las mujeres, conocidas y desconocidas, para beneficio propio o grupal, ejecutando mandatos estructurales de control y dominio sobre las mujeres»,²⁸ para lo cual resultaría lógico establecer por ejemplo la relación desigual del marido hacia la mujer, del novio a la novia, del profesor a la alumna, del empleador a la empleada, etc.

Lo que no sucede con la especificación en cambio de la manifestación en cualquier tipo de violencia, ya que en este sentido la norma se vuelve muy amplia y subjetiva, lo que de alguna forma podría irse en contra de la seguridad jurídica, pues no todos los asesinatos de mujeres son con violencia por situación de género y por tanto femicidios; en esta parte la norma deja a discrecionalidad del juzgador el establecer si existió cualquier tipo de violencia, y por tanto puede resultar violatoria de derechos del agresor.

Por otro lado, la tipificación del delito de femicidio en el COIP, descarta la posibilidad de que este se configure sin el elemento subjetivo, es decir, sin el elemento volitivo y cognitivo que comprende el dolo, porque el femicidio también puede comprender muertes de mujeres, por desnutrición selectiva, suicidios a causas de discriminación, muertes por falta de atención médica en abortos o embarazos²⁹ en donde el Estado sería el responsable directo; pero como es lógico el estado Ecuatoriano no busca ponerse en una encrucijada, mas aún cuando el aborto en la clandestinidad es una de las causas de muerte de mujeres que va en aumento; a lo que el Ecuador no ha sabido como responder porque insiste en criminalizar el aborto.

26 Daniel Posada Patiño, «Ley 1773 de 6 de enero de 2016, por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004» en *Nuevo Foro Penal*, n.º 86, 2016, p. 240.

27 Carcedo Ana, *Femicidio en el Ecuador*, Quito, s/d, Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, p. 75 recuperado el 11.06.22 en <http://scm.oas.org/pdfs/2012/c1m03334A-2.pdf>.

28 *Ibid.*, p. 24, consultado el 11.06.2020

29 Toledo Vásquez Patsilí, *femicidio / feminicidio*, Argentina: s/d, Ediciones Didot, 2014,112.

Hay que comprender que el problema no está en que el Estado responda penalmente ante los femicidios, el problema es que quien sanciona o quien investiga estos femicidios tiene un criterio sesgado y sin ningún tipo de formación en violencia de género, entonces mientras el discurso social sea patriarcal, las mujeres seguirán atrapadas en el escalafón inferior al de los hombres, incluso el derecho va a seguir normando en razón de los intereses de los hombres, porque este es un patrón cultural histórico.

Por ello, es común encontrar operadores judiciales que aún cuando creen que son sensibles ante la violencia de género se atreven a preguntar a las mujeres si iban solas, o si habían ingerido alcohol, porque el sistema les mantiene en reproche, la conducta de las mujeres siempre es desaprobada si no cumple el rol que el patriarcado ha heredado; como indica Alda Facio, se necesita crear un derecho de la mujer como una rama específica, que desde el principio permita enfocarnos en las mujeres, y evidenciar las desigualdades; que promulgue las relaciones horizontales y que ello incluso termine empoderando a la mujer; pero lo más importante, es que termine formando a jueces, juezas, fiscales, y todos los y las operadoras de justicia con perspectiva de género; que les permita comprender que a una mujer no la matan por celos la matan por ser mujer.³⁰

Lo anterior porque el desconocimiento de los operadores de justicia sobre temas de género, está volviendo cómplices a la justicia y al Estado de la impunidad de los delitos cometidos en contra de las mujeres; sin duda alguna la tipificación de este delito aún resulta compleja en su aplicación, por ello, el Estado y los operadores de justicia son los responsables directos de buscar medios que les permitan administrar justicia desde una perspectiva de género; negar la existencia de la norma es negar la realidad latente de discriminación a las mujeres.

Conclusiones

A manera de conclusión puedo establecer que la sociedad ecuatoriana es un tipo de sociedad que se ha desarrollado durante años con patrones machistas muy arraigados, en donde los hombres han creado un errado sentido de pertinencia y cosificación sobre las mujeres; generando un nivel de violencia desmedido en contra de estas; es por ello que en el Ecuador debía tipificarse el delito de femicidio, el Estado no podía seguir siendo cómplice de la impunidad de tantas muertes a mujeres por razón de odio, discriminación, y violencia.

El delito de Femicidio es el primer paso que ha dado el Estado, en reconocimiento a la enorme brecha de desigualdad existente entre hombres y mujeres, es la primera respuesta de preocupación y de lucha para la erradicación de todo tipo de violencia que pueda desencadenar en la muerte de una mujer. No obstante, no quiero mostrar que la solución a la violencia y muerte en contra de las mujeres es únicamente el derecho penal, pues como lo expuse el derecho penal no cambia patrones culturales como el patriarcado; sin embargo, es un medio idóneo para sacar de la esfera privada a la violencia en contra de las mujeres y para mandar un mensaje claro a la sociedad que permita visibilizar y reconocer que la situación de discriminación hacia las mujeres es un problema social.

Como se puede inferir la tipificación de esta conducta penalmente relevante puede ser percibida como una obligación adquirida por el Ecuador al ser firmante de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Convención Belem do Pará de 1994, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer de 1979; pero esta norma no puede combatir por sí sola la violencia de género estructurada que existe en el Ecuador, siempre debe estar acompañado

30 Alda Facio, «Con los lentes de género se ve otra justicia», en *El otro derecho*, n.º 28, 2002, pp. 100 y 101.

por políticas públicas, y mecanismos en favor de la igualdad y de la sensibilización social; sin dejar de lado la evidente necesidad de preparación en materia de género de los administradores de justicia que son los encargados de la aplicación normativa.

Finamente, tal y como se ha tipificado el delito de femicidio en el COIP, aborda adecuadamente la relación de poder que busca evidenciar las relaciones desiguales entre el hombre y la mujer; lamentablemente cuando hace referencia a la manifestación de cualquier tipo de violencia es tan amplio que puede confundirse que todo asesinato de mujeres es un femicidio lo que puede resultar una inseguridad jurídica; tampoco se ha previsto que el delito pueda cometerse sin el elemento subjetivo del dolo, lo que complica que el Estado pierda responsabilidad por otros tipos de femicidios como son los que se dan por desnutrición selectiva, por suicidios a causa de discriminación, por abortos o falta de atención médica en embarazos.

El camino que queda por recorrer en el reconocimiento de los derechos de las mujeres es amplio, pero desconocer la existencia de una norma desde todo punto de vista necesaria implica un retroceso a la lucha que todos los días nos reivindica como mujeres.

Referencias

- Facio Alda, «Con los lentes de género se ve otra justicia», en *El otro Derecho*, n.º 28, 2002.
- Arroyo Vargas Roxana, «Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho», en *Revista IIDH*, n.º 53, 2011. Consultado el 15.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/r26673.pdf.
- Ávila Santamaría Ramiro y otros, *El género en el derecho. Ensayos Críticos*, 1.ª ed., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Bergalli Roberto y Encarna Bodelón, «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 1992. Recuperado el 05.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaCuestionDeLasMujeresYELderechoPenalSimbolico-142233.pdf.
- Carcedo Ana, *Femicidio en el Ecuador*, Quito, s/d, Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género. Recuperado el 11.06.22 en <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CIM03334A-2.pdf>.
- Cesano José Daniel y Gustavo Arocena, *El delito de femicidio, aspectos político criminales y análisis dogmático jurídico*, 1.ª ed., Buenos Aires, B y F, 2013.
- Chávez Mariela, *Causas y consecuencias de la tipificación del delito de femicidio en la legislación penal ecuatoriana*, tesis previo la obtención de título de Abogado, Quito, Universidad Central del Ecuador, 2014.
- Facio Alda, «La Parábola del origen del femicidio», en *Asociados por lo Justo*, s/d, 2013.
- Herrera Aguirre Ana Lucia, Romo Maria Paula y otros, *Los derechos de las mujeres en la mira*, 1.ª ed., Quito, Corporación Humana, 2014.
- INEC, *Encuesta sobre relaciones familiares y violencia de género*, Quito, 2012. Recuperado el 10.06.2020 en http://www.inec.gob.ec/inec/index.php?option=com_content&view=article&id=490%3A6-decada-10-mujeres-sufren-violencia-de-genero-en-ecuador&catid=68%3Aboletines&Itemid=51&lang=es.
- Laurenzo Copello Patricia. «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Revista Estudios penales y Criminológicos* n.º 35, 2015. Recuperada el 05.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Documents/APUNTES%20Y%20DOCUMENTOS%20FEMICIDIO/hacen%20falta%20tipos%20especificos%20para%20proteger%20a%20la%20mujer%20patricia%20laurenzo%20.pdf.
- Laurenzo Copello Patricia, «Apuntes sobre el Femicidio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012. Recuperada el 16.06.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Documento(5).pdf.
- Laurenzo Copello Patricia, «La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo», en Patricia Laurenzo Copello y otras, coordinadoras, *Género, violencia y Derecho*, 1.ª ed.,

Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Posada Patiño Daniel, «Ley 1773 de 6 de enero de 2016, por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004» en *Nuevo Foro Penal*, n.º 86, 2016.

Romo María Paula, *El Código Integral Penal y la agenda de los derechos de las mujeres*. Recuperado el 10.06.2020 en file:///C:/Users/dyanes/Desktop/LIBROS%20GENERO%20DRA%20PAULA/La%20agenda%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20co%20IP%20(María%20Paula%20Romo)%20EDITADO.pdf

Toledo Vásquez Patsilí, *femicidio / feminicidio*, Argentina, s/d, Ediciones Didot, 2014.

Torres Díaz María Concepción, «La perspectiva de género como criterio de interpretación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal», en *Investigación y Género, inseparables en el presente y futuro*, s/d, 2012. Recuperado el 08.05.2020 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Pages%20from%20Investigacion_Genero_12-1509-2188.pdf.

Varela Nuria, *feminismo para principiantes*, España, Ediciones BSA, 2005.

Villacampa Estiarte Carolina, «La violencia de Género: Aproximación Fenomenológica, conceptual y a los modelos de Abordaje Normativo», en Carolina Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de Género y sistema de justicia penal*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Códigos normativos y tratados internacionales

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014.

Código Penal Colombiano, publicado en el Diario Oficial 44.097 del 24 de julio del 2000, artículo 103.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
Convención Belem do Pará de 1994

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, del 3 de septiembre de 1981.

DERECHO PENAL CENTRAL



Feminicidio: estudio comparado de las mujeres trans como sujetos pasivos del tipo penal de feminicidio¹

Femicide: comparative study of the transwoman as a passive subject of the criminal type of femicide

BRAYAN GUERRERO REYES

iD Investigador independiente

NÉIDER ALEGRÍA RUIZ

iD Universidad ICESI

RESUMEN

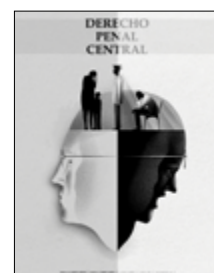
La categoría identitaria de «mujer» ha experimentado grandes cambios, uno fundamental está relacionado con la posibilidad de transigir el género. Es así como la visión biológica, que alguna vez fue la única que se consideró, ha perdido fuerza. El reconocimiento de las mujeres transgénero y transexuales es prueba de ello. Estas mujeres, como muchas otras, a menudo, experimentan violencia de género por contradecir las expectativas sociales de uniformidad identitaria, por lo que el tipo penal de feminicidio representa una forma punitiva de combatir dicho flagelo en el corto plazo. Sin embargo, persiste la duda en la doctrina penal y el mundo del derecho sobre si estas mujeres pueden o no ser sujetos pasivos de dicho delito. En este artículo, pretendemos hacer un análisis comparado teórico-jurisprudencial de la figura del feminicidio, para observar cómo se resuelve el problema relacionado con la inclusión o exclusión de mujeres trans como sujetos pasivos de este tipo penal en países como Argentina, Brasil y Colombia.

PALABRAS CLAVE: Enfoque diferencial de género, feminicidio, mujeres trans, doctrina penal, violencias basadas en género.

ABSTRACT

The category of identity «woman» has undergone great changes, it is no longer based on a purely biological issue as it was once considered, proof of this is transgender and transsexual women, who are born as «men», but feel and present as woman. Given this, they often experience gender-based violence for contradicting social expectations of identity uniformity, so the criminal type of femicide represents a punitive way to combat such violence in the short term. However, the doubt persists that these women may be taxable persons for this crime for cultural and legal reasons regarding the construction of identity. In this article, I intend to make a theoretical-jurisprudential comparative analysis of the figure of femicide, to solve the problem related to the inclusion or exclusion of non-biological women as passive subjects of this criminal type in the countries of Argentina, Brazil and Colombia.

KEY WORDS: Differential gender approach, femicide, transgender, transsexual.



Recibido: 23/02/2022
Aceptado: 06/03/2022

Introducción

La identidad funciona como mecanismo de diferenciación y asimilación entre pares. Tanto así que culturalmente su importancia se refleja en textos considerados sagrados como la Biblia. Donde en el aparte del origen de la especie humana señala que «creó, pues, Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó» (GN 1:27 Reina

¹ Este artículo académico se enmarca en la realización de un proyecto de grado como estudiante de derecho.

Valera 1960). Dicha tradición plantea la dicotomía del sexo/género en términos biológicos. Se nace macho y hembra para vivir como hombre y mujer. Bajo esta perspectiva no cabría la posibilidad de transitar de un género a otro. Más, la historia ha sido testigo del cambio en este aspecto, pues con el surgimiento de los movimientos sobre la posmodernidad y el feminismo, los paradigmas sobre la maleabilidad del género e innovaciones tecnológicas, el tránsito identitario ya no es una quimera del séptimo arte. Por el contrario, se han dado innumerables batallas para aceptar que la libertad incluye, ante todo la posibilidad de autodeterminarse y de que en sociedades justas, equitativas y democráticas, todes tenemos cabida.

La sigla LGBTQIA+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, intersexo, queer, de género indeterminado, asexuales) recoge un grupo poblacional que ha sido histórica, legal, social y culturalmente discriminado (Stryker, 2017), pues su insurrección (herejía para la religión) contra el orden binario establecido (mujer/hombre), genera consecuencias negativas para sus vidas, por contrariar las expectativas sociales referentes a la uniformidad identitaria.

Así las cosas, los informes de los organismos defensores de derechos humanos dan cuenta fidedigna de la violencia sufrida por estas mujeres. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el año 2015 advirtió que en América Latina «el promedio de la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años de edad o menos» (CIDH, 2015, p. 170). En lo concerniente a la República de Argentina, «en 2018 hubo 17 asesinatos perpetrados hacia la comunidad diversa —11 fueron dirigidos a mujeres trans y 6 a varones trans cis» (Observatorio Nacional de crímenes de odio LGBT, 2018, p. 16)—. En cuanto al Estado Federado de Brasil informó la CIDH (2015) que «hubo 278 asesinatos de personas LGBT en el 2011 y 310 casos denunciados en el 2012, lo que constituye un aumento anual del 11,5%» (p. 94). En el caso colombiano, la organización no gubernamental Colombia Diversa (2015) hizo saber que «en el 2015, 110 personas LGBT fueron asesinadas en el país, siendo este el año con mayor número de muertes desde 2010» (p. 27).

Con este aterrador panorama, muchos países han tipificado como delito la muerte de la mujer, en atención a su género, conocido como el *femicidio*, pero algunos han pasado por alto hacer claridad sobre la inclusión (o en su defecto exclusión) de las mujeres trans como víctimas de esta conducta típica. Por ello, recae forzosamente en el administrador de justicia (los jueces) la interpretación de las palabras «mujer» o «identidad de género». Y en este sentido, dichas interpretaciones constituyen un reflejo de los diálogos y lógicas internas tanto jurídicas como culturales de los países, que sobre la identidad se tiene.

Por lo anterior, nos hemos visto motivados a emprender este estudio comparado de jurisprudencia que trate el tema. Analizaremos tres casos en los que las víctimas eran mujeres trans. El análisis se centra en decisiones judiciales de los tres países latinoamericanos a los que hemos hecho mención. La escogencia de los mismos obedeció a que los tres países tienen un fértil desarrollo normativo que consagra los derechos de la mujer, la perspectiva de género y reconoce el tránsito identitario, además que tienen positivizado el femicidio en su legislación penal. Y en contraste con dichos avances normativos, la violencia de género sigue siendo un asunto pendiente. Sobre todo la violencia hacia personas de la población LGTIQQ+ como lo muestran los informes de la CIDH. Esta cuestión es reflejo de una resistencia cultural a las ideas asociadas al género y por consiguiente a la materialización de derechos asociados al mismo.

Ahora bien, la escogencia de los casos tampoco fue un asunto de azar. Pues, se realizó una revisión de la literatura existente al respecto y solo los casos de Colombia y Argentina han sido tratados. Sin embargo, nos pareció que el caso brasileño, el único conocido por medios, mostraba una fuerte relación con nuestras intuiciones investigativas. Por lo demás,

sobra decir que la obtención de las providencias donde reposan los casos no fue nada fácil; requirió de meses de rastreos para llegar a ellas (puesto que no siempre son de acceso público) e incluso en el caso colombiano requirió oficiar al juzgado que resolvió la *litis* para que la remitiera al domicilio, dado que no se encontraba en los medios digitales dispuestos por la rama judicial. De manera que el hecho de que haya pocos casos aquí analizados, no se debió a un escaso acontecimiento de estos o falta de rigurosidad en la investigación, sino a que en muchos países no existe precedente sobre el tema o los sucesos aún están pendientes de ser decididos (*v. gr.* Chile y Bolivia).

La metodología de análisis de los casos es propia del derecho comparado y del análisis estático de las sentencias. Por ello, buscábamos que se trataran de contextos similares frente al tema que nos ocupa. Se extrajeron características como el sujeto de la sentencia, su cualificación jurídica, el asunto a tratar, el contexto del delito y, por supuesto, los argumentos que los tribunales o juzgados consideraron importantes para concluir que efectivamente las mujeres trans deberían ser equiparables o no a las mujeres cisgénero en caso del feminicidio.

En los últimos 10 años, la literatura académica ha puesto sus ojos a esta temática específica. Una revisión rápida al respecto nos da cuenta de al menos tres cosas. Primero, que el tema ha sido ampliamente debatido tanto por juristas como por otros investigadores sociales en los países de estudio. Segundo, que dicho cúmulo de investigaciones puede dividirse temporalmente en dos: las de antes de 2018 y las posteriores a la misma, cuando se dio la primera sentencia que reconoce la calidad de sujeto pasivo a una mujer trans, en Argentina. Tercero, que existen dos posturas teóricas al respecto: la primera, de aquellos autores que abogan por la necesidad de la inclusión de las mujeres trans como sujetos pasivos de este tipo penal, y una segunda, que interpela porque no se puede caer en el relativismo posmoderno y desdeñar del género equiparando a las mujeres trans con las cis.

Sabemos además, que los contextos o actores conservadores han influido en la aceptación o rechazo de las mujeres trans como sujeto pasivo de la conducta típica de feminicidio en América latina dado que propugnan por la concepción, poco realista, según nosotros, de considerar lo femenino como un todo netamente biológico. Dicha noción tiene todavía defensores entre las personas que integran los cuerpos legislativos y judiciales, por esta razón, termina siendo trasladada a las normas penales y su interpretación, como quedará evidenciado aquí.

En este sentido, el presente trabajo que es un estudio sobre dogmática y jurisprudencia penal en el ámbito sudamericano pretende evidenciar que no hay obstáculo tanto en los ámbitos teórico y normativo como en el fáctico para considerar a las mujeres trans como sujeto pasivo del tipo penal de feminicidio. Además de mostrar los caminos por los cuales se está realizando esta adecuación, denotando casos exitosos y/o posibilidades de éxito. Para ello, haremos alusión a los conceptos de *enfoque diferencial*, *feminicidio*, *transgénero* y *transexual*; seguidamente abordaré el estudio normativo y casuístico (casos de éxito o con posibilidad de ser exitosos) comparado del tipo penal de *feminicidio* en los países analizados. Finalmente, plantaremos algunas ideas a manera de conclusión sobre las reflexiones suscitadas por los casos en cuestión y nuestra perspectiva.

Conceptos

Los planteamientos conceptuales pretenden permitirnos conocer y diferenciar las realidades, de manera que provocan cambios *fácticos*. En el presente trabajo los conceptos objeto de la disputa dialógica son: *enfoque diferencial de género*, *feminicidio*, *transgénero* y *transexual*.

Iniciemos con el llamado *enfoque diferencial de género* que en el ámbito penal supone la incorporación de tipos penales (las prescripción de delitos) tendientes a reprochar la violencia que propiamente pueden padecer las mujeres por su pertenencia a ese género. Esto ha sido posible gracias a luchas de los feminismos, pues «muchos sectores de las organizaciones de mujeres consideran que la tipificación de algunas conductas como delitos contribuye a una mayor protección de sus derechos. [Es] en este contexto [donde] se ubica la figura del femicidio» (Camilo Sampedro Arrubla, citando Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 211). Y aunque las violencias basadas en género (en adelante VBG) tienen múltiples implicaciones sociales y las soluciones ideales deberían estar encaminadas a la implementación de políticas públicas de largo plazo, mientras se construyen estos caminos en sentido positivo, es importante que las sociedades juzguen la injusticia de estos flagelos. Por esto, hay que admitir que ante los desbordados casos de asesinatos y sufrimientos ocasionados a las mujeres la tipificación de delitos constituye un mecanismo óptimo para desestimular y prevenir que ocurran estos eventos, al menos en el corto plazo.

El concepto de *feminicidio* fue usado por primera vez para el «desarrollo de las teorías feministas por las autoras Diana Russell y Jill Radford en su obra *Femicide. The policies of woman killing*, al igual que de Mary Anne Warren en 1985 en su libro *Gendercide: The implications of sex selection*» (Nayibe Jiménez, 2011, p. 129). Y es definido como el «asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia» (Real Academia de la Lengua Española, 2019). Dicho fenómeno ha sido categorizado dependiendo del lugar o persona que ejecuta la violencia contra la mujer en:

Femicidio íntimo: hace referencia a los asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afín; *Femicidio no íntimo*: asesinato cometido por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines (por lo general, este comprende un ataque sexual previo); y *Femicidio por conexión*: se refiere a mujeres que fueron asesinadas ‘en línea de fuego’ de un hombre tratando de matar a una mujer. Son casos de parientas, niñas y otras mujeres que intervinieron para evitar el hecho que fueron atrapadas en la acción del femicida. (Bastardilla fuera de texto). (Nayibe Paola Jiménez Rodríguez citando a Radford y Russell, 1992 en Carcedo y Sagot, 2000, p. 131)

Por su parte, los conceptos de *transgénero* y *transexual* suelen ser usados de manera indistinta para referirse a un mismo suceso, desconociendo su diferenciación. Por ello es necesario hacer la distinción, pues uno y otro se refieren a concepciones identitarias diferentes. El primero, ha tenido diferentes definiciones, que varían dependiendo de la época. Por ejemplo, en los años setenta y ochenta, este término se usó para hacer referencia exclusivamente a la persona que cambiaba su género social de forma regular mediante una *habitus* de expresión de género que podía incluir el uso de hormonas. (Susan Stryker, 2017). En cuanto a la noción de *transexual*, esta se asocia con un individuo que se «percibe en un cuerpo del sexo opuesto al biológico somático o de apariencia (fenocopia). Es decir, se percibe como una mujer que está en el cuerpo de un hombre» (Salin Pascual, 2008, p. 88). De manera que los cambios se ejecutan en el aspecto morfológico de la persona mediante el uso de hormonas y cirugías de diferente índole. En consecuencia, tal término representa apenas una de las diferentes identidades que son aglutinadas bajo en el concepto *transgénero*.

Después de la acotación teórica anterior, es claro que ningún concepto resulta ser excluyente del otro. Pues, como lo dije antes, los términos *transgénero* y *transexual* aglutinan a esas identidades que no se adquieren con la imposición biológica del nacimiento, sino aquella

construcción social, quirúrgica y hormonal de esta, en este caso la de *mujer*. En este sentido, es necesario precisar que la palabra *mujer* debe estar antepuesta a las de *transgénero* y *transexual*, para formar un todo indesligable, que evite la incursión de esas otras identidades que forman parte de los conceptos antes mencionados, pero que no tienen bases féminas de formación, bien sea en el aspecto físico o con las vestimentas. Ya que lo contrario implicaría rebasar la finalidad normativa de la consagración de la conducta punible de feminicidio.

En cuanto al *enfoque de género* es el fundamento argumentativo que permite la inclusión en el sistema de normas penales de un tipo criminal especialísimo como el de *feminicidio*; que viene a ser el mecanismo que reprocha punitivamente la violencia diferenciada que padecen las mujeres. El concepto de VBG agrupa una variedad de fenómenos que atenta principalmente contra la autonomía y el bienestar de las mujeres y se producen y reproducen en y gracias a contextos machistas y sexistas. Aquí necesariamente tienen cabida las mujeres transgénero y transexual que al divergir de las expectativas biológicas de la identidad a menudo padecen una *bífida violencia de género*, bien por ser mujeres o por ostentar la categoría de mujer trans. Lo que deja claro que si estás mujeres son objeto de VBG, además duplicada por la violencia particular por ser transgénero, desde el punto de vista del enfoque diferencial de género deben ser cobijadas por una norma que pretende librar de este flagelo a las mujeres. Por ello, no existe obstáculo teórico para considerar a las mujeres transgénero y/o transexuales como sujetxs pasivxs de conductas feminicidas.

Pasamos ahora a analizar si en los ámbitos *normativo* y *fáctico* existe algún impedimento para aplicar este tipo penal a las personas que violentan la integridad física y psicológica de las mujeres trans.

Análisis jurisprudencial comparado

Tres fueron los casos apropiados a la investigación mediante la elaboración de fichas de sentencias, que estuvieron compuestas por las variables de identificación de las *ratios decidendis*, su jurisdicción (ordinaria o constitucional), análisis probatorio del sujeto pasivo y país de su promulgación. Asimismo, se estableció como parámetro la fecha de producción de dichas sentencias, y lo que permitió conocer que la totalidad de los fallos fueron dictados en distintos meses del año 2018, en diferentes Estados. Los Estados fueron Argentina, Brasil y Colombia. Países que como lo mencionamos al inicio del texto presentan cifras altas de violencia hacia la población LGBTI.

Sin embargo, al tener estos países diferencias jurídicas y fácticas sobre el tipo penal de feminicidio, realizaremos un análisis separado, trayendo a colación el marco normativo interno de cada país sobre el mencionado tipo penal y a partir de ahí, remitirnos a la discusión teórica de la inclusión (o en su defecto exclusión) de las mujeres transgéneros y transexuales como víctimas de esta conducta. Posteriormente, describiremos los casos concretos. Para finalmente, llevar a cabo el análisis del país frente a la situación de las mujeres trans como sujetos pasivos del delito de feminicidio, mostrando las dinámicas y posturas que se mueven al respecto.

República de Argentina. El feminicidio como un agravante del homicidio simple

En la República de Argentina la consagración de la figura del feminicidio se dio a partir de:

la Ley 26.791 sancionada en el 2012, que introdujo cambios en el Código Penal. Se modificaron los incisos 1° y 4° del artículo 80 y se incluyeron los incisos 11° y 12° que

imponen la pena de reclusión perpetua o prisión perpetua a quien «matarse a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género» (inciso 11º) y quien lo hiciere «con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º», con lo que incorpora las figuras de *feminicidio* y *feminicidio vinculado*. (Bastardilla fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia de Argentina, 2018, p. 2)

Sin embargo, en dicho país no existe el tipo penal autónomo de feminicidio, puesto que esta conducta se encuentra como un agravante del homicidio simple y, en este sentido, no hay referencia concreta a la palabra *feminicidio*, pero las causales o situaciones consagradas permiten extraer de manera cristalina su tipificación.

De tal modo que, en lo concerniente al análisis normativo de la figura y específicamente en lo referente al *sujeto pasivo*; la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (2018) sostiene que «el requisito típico referido a la calidad de mujer de la víctima tiene su correlato conceptual en la Ley 26.743 de identidad de género, que define este concepto en función de la autopercepción de la persona acerca de su género» (p. 12).

Sin embargo, algunos doctrinarios del derecho penal argentino, como Jorge Eduardo Buompadre (s. f) arguyen que:

[...] el *sujeto pasivo* solo puede ser una persona del sexo femenino en sentido biológico, pues la Ley 26.743, que autoriza la corrección del sexo cuando no coincida con su identidad de género, crea un sexo en sentido normativo que no es el sentido de protección querido por el Legislador. (párr. 21)

De ahí que resulta evidente la existencia de un debate teórico-jurídico sobre el reconocimiento del género, desde una visión biológica o normativa (construcción social), que debe ostentar la víctima de feminicidio en este Estado. Y como era de esperarse, dicha controversia pronto fue trasladada al campo de los hechos; por consiguiente, le correspondió a un tribunal local zanjar en favor de uno u otro planteamiento tal disputa. A ellos nos referiremos a continuación.

Caso N.º 62.162 62.162/2015: el caso de Amancay

En el año 2015, en su apartamento ubicado en la ciudad de Buenos Aires en el barrio Flores, fue asesinada Amancay Diana Sacayán entre el sábado 10 y domingo 11 de octubre. El 13 de octubre fue encontrada atada de manos y pies, amordazada y con múltiples heridas en distintas partes de su cuerpo. El informe de autopsia concluyó que la muerte se dio producto de múltiples puñaladas de arma blanca y hemorragias, tanto internas como externas, con un total de 27 lesiones.

Las primeras investigaciones advirtieron que la víctima se identificaba como mujer *transgénero* y además como reconocida activista de las causas trans. «Sacayán era líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL)» (Diario El Clarín, 2015, párr. 5). Por otro lado, se tuvieron como sospechosos a dos sujetos que la habían visitado la noche previa al crimen, uno de ellos identificado como la pareja sentimental de la occisa, quien finalmente fue el enjuiciado.

Las posiciones biologicista y normativa sobre el género evidentemente fueron abordadas en la extensa sentencia de 227 páginas. La fiscalía, entre otros planteamientos, argumentó que el hecho fue un crimen de odio a *la identidad de género* y ello se encuentra respaldado en que:

[E]l cuerpo de Diana se verifican lesiones punzocortantes que no llegaron a penetrar de modo completo en ambas mamas, en los glúteos y, como se ha visto en las fotografías, que le desfiguró completamente el rostro, la boca; se está hablando entonces de marcaciones claras en cuanto a un ataque orientado a afectar a la víctima en el plexo corporal, que hace

a su identidad como mujer travesti. (Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N.º 4 de la Capital Federal, 2018, p. 31)

Dicho planteamiento estaba encaminado a ejecutar la adecuación típica del procesado al agravante del inciso 4, artículo 80. En igual sentido, advirtió el fiscal que existió un concurso de agravantes con los incisos 1 y 11 del mismo artículo antes mencionado; ya que el primero está referido al *feminicidio íntimo* y dicha conducta se presentó cuando el acusado sostuvo una relación sentimental con la víctima. A juicio del fiscal este se aprovechó de ese vínculo para ingresar al domicilio sin mediar violencia y ejecutar el crimen. Por su parte, el inciso 11 reprocha punitivamente la muerte de una mujer por razones de género o *feminicidio*, de modo que para la parte acusadora no existió duda sobre la condición de mujer de Amancay Diana Sacayán. Esto basado en las pruebas testimoniales y atendiendo al aspecto físico de la víctima (implantes de glúteo y senos, pelo largo, maquillaje, entre otros).

La defensa, como era de esperarse, se cimentó en desvirtuar cada uno de los agravantes (1, 4 y 11) argüidos por el fiscal. Así que comenzó por señalar que no se configuró el *feminicidio íntimo*, puesto que el precedente había establecido como requisito para la existencia de éste una relación o un vínculo particular y aprovechamiento de esa unión; por lo que, desde el punto de vista temporal, al tener víctima y victimario una relación sentimental de apenas un mes no se configuró tal unión, además la occisa frecuentaba otros sujetos, es decir, no hubo una exclusividad en el vínculo. Entonces, nunca existió una relación sentimental de pareja.

Continuó la defensa haciendo abordaje a la cuestión de odio hacia *la identidad de género*, señalando que las heridas encontradas en el cuerpo de la víctima no eran prueba de un odio a su identidad, sino que estas heridas se causan de manera frecuente cuando se dan este tipo de ataques y que la identidad de la occisa como travesti no puede ser el aspecto definitivo que determine que esas lesiones se deban al odio hacia su persona.

Por último, el defensor rebatió la cuestión de *violencia de género* (entiéndase feminicidio), argumentando que no se cumplió el elemento subjetivo de dominación, control o consideración de la mujer como una propiedad del hombre, conforme al desfile probatorio sería más sensato ubicar a la víctima como la parte dominante y controladora del vínculo sentimental, debido a las características personales de ambos. La occisa como alguien extrovertida y con liderazgo en diferentes organizaciones, por su parte, el acusado, como alguien introvertido y de pocas amistades, que nunca tuvo conductas previas vinculadas con la violencia de género.

Con los planteamientos contrarios de defensa y fiscalía, le correspondió al tribunal decidir. De ahí que, empezó señalando que la conducta del enjuiciado se adecuaba solamente a los agravantes de los incisos 4 y 11. El primero de ellos, como señalé antes, reprocha el homicidio cometido por *odio a la identidad de género* y el segundo cuando existe *violencia de género* (feminicidio) por lo que evidentemente se descartó la configuración del *feminicidio íntimo* (inciso 1). De este modo, inició citando un extenso material doctrinal acogiendo el planteamiento de la Fiscalía, en el entendido de que las lesiones ocasionadas en el cuerpo de la víctima no se debieron a cuestiones del azar y frenetismo del ataque; sino a una agresión meticulosa, dirigida a lugares específicos representativos de la asignación del sexo y sus atributos, como lo son el rostro, los pechos y glúteos. Ello respaldado por el conocimiento personal que el victimario tenía sobre la occisa, pues sostenían una relación sentimental de poco más de un mes y esto se constituyó como prueba demostrativa del *odio a la identidad de género* de Diana Sacayán.

Prosiguió el tribunal abordando el agravante de *violencia de género* (feminicidio), advirtiendo que se encontraban reunidos los tres requisitos exigidos normativamente, esto es,

primero el asesinato de una mujer, segundo que el victimario sea un hombre y tercero que medie violencia de género. Así, dejó presente que:

Art. 2 de la ley 26.743 aportó una definición precisa según la cual, como se viera, se consignó que se entiende por identidad de género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento incluyendo la vivencia personal del cuerpo. (Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N.º 4 de la capital Federal, 2018, p. 97).

De donde resulta que a juicio del juzgador no había duda de que, atendiendo a la definición de la mentada ley, Diana Sacayán era una mujer, con el respaldo de las pruebas testimoniales y sus formas femeninas. Finalmente, el enjuiciado fue condenado como coautor del delito de homicidio doblemente agravado por *odio a la identidad de género* y por haber mediado *violencia de género*, a la pena de PRISIÓN PERPETUA.

Reflexión

Es evidente que no obstante el deseo del legislador de querer reprochar todos los tipos de violencia que puede padecer la mujer, el sentido literal de la norma es confuso. Ello quedó reflejado en las vacilaciones que tuvieron defensa, fiscalía y juzgadores para subsumir la conducta del condenado, puesto que 12 incisos resultan ser excesivos siendo ello contrario, con la claridad y certeza que debe tener una norma penal de cualquier Estado.

Pero en la providencia se hizo buen uso de los postulados de *enfoque diferencial del género*. En primera medida, citando material doctrinal acorde a las cuestiones del género como construcción social. Además, flexibilizando las exigencias probatorias de la violencia de género, pues, a pesar del planteamiento de la defensa, al señalar que el victimario no había ejercido nunca previamente esta conducta, ello no fue considerado suficiente para descartar tal comportamiento.

Acerca de la determinación de considerar a las mujeres trans como víctimas del femicidio, destacamos que aun cuando no existía un precedente local ni regional sobre esto, el tribunal planteó una línea argumentativa respetuosa y acorde con los nuevos paradigmas sociales de la construcción identitaria, asumiendo que esta puede ser construida por cada individuo y que está alejada de patrones biológicos. Específicamente sobre este planteamiento, acusador y defensa no tuvieron un sesudo debate. De ahí que se puede asumir que para la época de los hechos ya había asunción de esta narrativa teórica. Más la norma está abierta al debate de manera que, en el futuro puede haber providencias con argumentos contrarios a los aquí determinados en cuanto a la calidad del sujeto pasivo. Ello, teniendo en cuenta que como se mostró en el resumen del caso, aún existen debates frente a cómo deben aplicarse y entenderse los conceptos de VBG y la categoría identitaria de mujer.

República Federativa de Brasil. El femicidio como un homicidio calificado

En relación con Brasil, en el año 2006 se sancionó la ley Maria da Penha que en su connotación penal creó un marco de protección integral e interinstitucional para combatir la VBG, que por acción u omisión se dé contra las mujeres en el ámbito doméstico y familiar. Así, en el sentido literal de la norma, en especial del artículo 5.º, se evidencia una inclusión taxativa de las mujeres trans como víctimas de la violencia de género, pues el párrafo único del mencionado artículo determina que «las relaciones personales anunciadas en este artículo son independientes de la orientación sexual» (Adriana Ramos de Melo, 2015).

Por otra parte, en el año 2015 mediante la Ley N.º 13.104 que alteró el artículo 121 del Código Penal, se dio inclusión a la figura del *feminicidio* como una circunstancia calificada del asesinato (Cifuentes, 2019).

Es por lo anterior, que la encrucijada sobre la inclusión de las mujeres transgéneros y transexuales también ha estado presente en esta nación. Ya que, con la modificación que hizo la Cámara de Diputados de la palabra «género» por «sexo», el *feminicidio* no puede tener como víctima a una mujer trans, pues la propuesta legislativa que presentó la Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación de Violencia contra la Mujer (CPMI), suponía el feminicidio como un crimen de homicidio cometido contra la mujer por razones de género, pero la versión final aprobada fue la del feminicidio, como un homicidio perpetrado contra la mujer por razones de la condición de *sexo* femenino² (Brandão Augusto, 2018).

Así las cosas, ¿tiene incidencia el orden temporal para considerar a las mujeres transgéneros y transexuales como víctimas de la violencia doméstica y familiar? Pues ambas leyes establecen el mismo ámbito de reproche, pero difieren en considerar el origen de esta violencia. La primera (entiéndase Ley Maria da Penha) basada en el género y la segunda por pertenecer al sexo femenino; entonces ¿cuál sería el criterio que determine la escogencia de una u otra ley? O ¿una tiene primacía sobre la otra? y, por ende, debe orientar la inclusión o exclusión de la mujeres transgéneros y transexuales como sujeto pasivo de esta conducta. Le correspondió a la justicia responder tales interrogantes, que serán despejados enseguida, a partir de un caso.

Caso N.º 20171610076127RSE: ¿La interpretación justa, que no atiende a la nueva realidad?

El 23 de septiembre del año 2017, una mujer transgénero llegó a su casa alrededor de las 3:00 a. m. porque había ido a tomar cerveza con unos amigos. Su compañero permanente, con el cual llevaba conviviendo cuatro años, se molestó y la atacó con una pieza de madera en varias oportunidades. La víctima logró escapar a casa de unos vecinos, pero el atacante la siguió hasta el lugar y continuó la agresión hasta fracturarle la rodilla izquierda. El victimario solo detuvo la agresión cuando la autoridad militar hizo presencia en el lugar. Finalmente, la agredida fue trasladada al hospital donde le realizaron diferentes procedimientos quirúrgicos y pudo sobrevivir (Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, 2018).

Como es evidente, el conocimiento de un delito como este le correspondió al Tribunal Penal Especial de Violencia Doméstica y Familiar, pero se negó a llevar el caso, argumentando que la víctima no había realizado la rectificación de su sexo en el documento de identidad. Señaló que, a pesar del conflicto de identidad entre el sexo biológico y social, la seguridad jurídica en la aplicación de las reglas de criterios objetivos debe primar para evaluar el género reconocido por la ley. Ya que el cambio de sexo en el registro civil sería un criterio razonable para distinguir la identidad de género y garantizar la seguridad jurídica porque lejos de la incidencia de la Ley 11.340/2006 (Maria da Penha) en el caso, la víctima figura como «macho» en la tarjeta de identidad y en este sentido no le es aplicable la Ley. Además, la Ley Maria da Penha de corte procesal penal tiende a ser más gravosa para el acusado, así que debe interpretarse de forma limitada (Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, 2018).

El Ministerio público del Distrito Federal y Territorios interpuso recurso de apelación contra esta decisión, de manera que le correspondió al *Tribunal de Justicia de Distrito Federal*

2 Homicidio qualificado 2º. Feminicídio vi-. Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: 2º A- considerase que há razoes de condição de sexo feminino quando o crime envolve: i- violência doméstica e familiar; ii- menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm).

e *Territorios* resolver este dilema. Esta Corte comenzó citando la doctrina sobre la diferencia que hay entre los términos *transexual* y *transgénero*, haciendo el comentario de que el primero está asociado con la «disforia de género», que es la sensación de no correspondencia entre el sexo biológico de nacimiento y su percepción individual de corresponder al otro sexo (en este caso transexual femenino). Remitiéndose al concepto de transgénero, advirtió que este es más amplio y no tiene mayor incidencia en las cuestiones de la sexualidad sino, con comportamientos y apariencia del género opuesto. Habiendo terminado la diferenciación, arguyó que la víctima se encontraba en la categoría de transexual puesto que las fotos que reposan en el expediente así lo dejaron ver.

El *Tribunal de Justicia de Distrito Federal e Territorios* reseñó el precedente jurisdiccional que puso en cuestión asuntos en torno a los derechos de las personas *transgéneros*. Acudió a la decisión 4275 del Supremo Tribunal Federal que reconoció la posibilidad de cambiar en el registro civil el nombre y el sexo sin necesidad de llevar a cabo una operación de cambio, basado en el principio de la dignidad humana. El ejercicio anterior encaminado a dejar claridad sobre la *ratio decidendi*, que se sustentó en que el registro de identidad o cirugía de reasignación son únicas opciones disponibles para que mujeres trans puedan ejercer plenamente y sin restricciones de su libertad de elección no son las condiciones para ser considerados una mujer (Tribunal de Justicia de Distrito Federal y Territorios, 2018).

De ahí que se puede considerar a la víctima como *mujer*, a pesar de que tal género no repose en su tarjeta de identidad. De manera que negar la incidencia de la Ley Maria da Penha, en este caso, es no observar la doble debilidad de la víctima como mujer y como transgénero. Por todo esto, el Tribunal de Justicia de Distrito Federal y Territorios *revocó* la decisión de primer grado y ordenó la continuación del proceso en el Tribunal Penal Especial de Violencia Doméstica y Familiar, dando aplicación a los postulados de la ley Maria da Penha.

Reflexión

Es evidente la segmentación ideológica en la política de lucha contra la violencia doméstica y familiar, puesto que se crea una incertidumbre sobre cuál es la ley aplicable en el caso de violencia contra las mujeres transgéneros y transexuales. Como quedó en evidencia con el caso aquí citado, los hechos punibles ocurrieron dos años después de entrar en vigor la *Ley de femicidio*, y de esta manera, debió rotularse como un femicidio tentado, porque los hechos encuadran perfectamente en este tipo de flagelo. No obstante, los tribunales obviaron hacer uso de la figura; uno haciendo triquiñuelas para rechazar el conocimiento de este y el otro aplicando una ley anterior que, aunque tiene incidencia, no es la ley propia del caso, al menos en el ámbito temporal.

Sin embargo, resaltamos que la acción de este último tribunal se dio como un mecanismo para salvaguardar los derechos de esta persona, ante la evidente exclusión de las mujeres transgéneros y transexuales en la reciente ley de femicidio. Loable la regla de considerar que los registros públicos de identidad tienen el carácter demostrativo y no constitutivo del género, pero cuando se presenta violencia evidentemente feminicida, ese carácter parece diluirse para dar nacimiento a una discriminatoria construcción biológica de la identidad femenina.

Aunado a lo anterior, en la providencia se utilizó mal el término «disforia género» para explicar la situación identitaria de la víctima, ya que el mentado concepto tiene una connotación clínica o psiquiátrica de la asunción de la identidad y en este sentido, se rotula como una enfermedad; de ahí su carácter desacertado. De manera que no concibe el tránsito de

género como una decisión individual y razonada. Por lo que tal desacierto pudo obedecer a una investigación poco rigurosa o entendimiento errado de la noción clínica del mismo.

República de Colombia. Femicidio como un tipo penal autónomo

Con respecto a Colombia, el 6 de julio de 2015 se promulgó la ley 1761 por medio de la cual se adiciona al Código Penal el tipo autónomo de femicidio. Así, en lo que concierne al *sujeto pasivo*, reza la norma «artículo 104A. Femicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género» (Congreso de Colombia, 2015, p. 1).

En este sentido, la Corte Constitucional ha tenido dos oportunidades para pronunciarse sobre la calidad del sujeto pasivo de esta conducta. Por ejemplo, en la sentencia C-297,³ del 8 de junio de 2016 manifestó que:

En el tipo penal que es objeto de la demanda parcial, el sujeto activo se refiere a «quien» cause la muerte a una mujer, es decir, aquella persona que lleve a cabo la conducta no es calificada ni determinada por condiciones especiales. El sujeto pasivo es calificado, pues necesariamente se trata de una mujer o de una persona que se identifique en su género como tal. (Subrayado fuera de texto) (Corte Constitucional, 2016, p. 15)

Es así, como en un primer momento la justicia constitucional dio una calificación amplia del concepto de mujer en el tipo penal de femicidio. En apenas cuatro meses después, esto es el 5 de octubre, mediante sentencia C-539,⁴ ejecutó el análisis del tipo penal ya inmerso en el Código, y no de la ley que lo incluyó, como ocurrió en un primer instante, y a pesar del unánime planteamiento de los intervinientes: Ministerio de Justicia y del Derecho, Defensoría del Pueblo, Universidad de Los Andes, ONG Colombia Diversa y la Secretaría Distrital de la Mujer en torno a la necesidad de una interpretación amplia de las palabras *mujer* o *identidad de género*, para dar cabida a las mujeres transgéneros y transexuales como víctimas de esta conducta, se abstuvo el alto tribunal en dar un nuevo pronunciamiento al respecto.

De ahí que resulta relevante el cuestionamiento de Estupiñán, Barco, Giraldo, Cardona y Zúñiga (2017) en el sentido de que «no es clara la norma frente al caso de las personas transgénero, si el tipo les cobija o no y qué sucede con la decisión de cambio de género» (p. 43).

Así, en vista de que al menos en el mundo teórico local, no hay claridad sobre la situación de las mujeres transgéneros y transexuales como posibles víctimas de la conducta típica de femicidio y máxime cuando la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal no ha conceptualizado al respecto, el caso citado a continuación resulta de una gran relevancia jurídica para dirimir esta cuestión.

Caso N.º 412986000591201700156: la muerte de Anyela

El nueve de febrero de 2017 a las 9:00 de la mañana, Davinson Estiven Erazo Sánchez, ingresó a la peluquería de Luis Ángel Ramos Claros, miembro de la comunidad LGBTQIA+ y reconocido como «Anyela», utilizando un arma de fuego tipo escopeta le disparó por la espalda, causándole múltiples heridas que finalmente le causaron la muerte. El asesino fue capturado a pocas cuadras del lugar de los hechos.

De tal modo que cuando inició la *litis* probatorio, la Fiscalía aseveró que el sujeto pasivo de

3 Demanda de inconstitucionalidad contra el literal e) del artículo 2.º (parcial) de la Ley 1761 de 2015 «Por la cual se crea el tipo penal de femicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones» (Rosa Elvira Cely).

4 Que resolvió demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 104A (parcial) y 104B, literales a) y g) (parcial) de la Ley 599 de 2000.

la conducta típica fue una mujer trans y que su fallecimiento se produjo precisamente por su condición. Lo anterior, sustentado en que el procesado meses atrás había intentado agredir a la occisa con arma blanca tipo «machete», además al momento de su captura intentó justificar su accionar en la identidad de género de la fallecida. Prosiguió señalando que la conducta estaba subsumida en el literal e⁵ del artículo 104A. Recalcó que la condición de mujer de Anyela se acreditó con la declaración del hermano, quien referenció el reconocimiento social como mujer, gracias a su apariencia física que correspondía a una mujer trans y que inclusive el médico forense consignó en su informe la cirugía de aumento de senos, determinando que su identidad de género era femenina.

Por su parte, la defensa rotuló su intervención como «El Caso del enfermo Davinson Estiven» y en este sentido no rebatió que la muerte de Anyela se produjo como consecuencia del actuar de su defendido. Sin embargo, precisó que el comportamiento no fue doloso, pues este se encontraba inmerso en un trastorno mental permanente y en este sentido se le debe brindar un tratamiento intramural, con una medida de seguridad en establecimiento de salud.

Considerando los planteamientos de Fiscalía y defensa, se dispuso la juzgadora a verificar si se encontraban reunidos los requisitos de la materialización del feminicidio. Empezó por citar la norma del Código Penal para luego remitirse a la calidad que deben de tener los sujetos del tipo delictual y como quiera que el sujeto activo puede ser cualquier miembro de la raza humana, no existió ninguna dificultad para ubicar ahí a Davinson Estiven.

En lo referente al *sujeto pasivo* de la conducta, aseveró que pese a la identificación de la fiscalía de la víctima como Luis Ángel Ramos Claros, que en principio sería del sexo masculino, se hizo claridad que su género correspondía al femenino, porque en su medio social, familiar y público era reconocida como una mujer trans.

Luego trajo a colación el Protocolo de Necropsia, que sobre las cualidades físicas de la occisa señalaba, «hombre adulto, de contextura delgada, con cabello largo tinturado, uñas larga en las manos, cejas depiladas, senos aumentados de tamaño de aspecto femenino» (Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Garzón, Huila, 2018, p. 12).

Y en este sentido, identificó a la víctima como una mujer trans, no solo por la descripción física, sino por los testimonios de personas que dieron cuenta de la vivencia exógena de su identidad fémina. Por lo que concluyó que *se reunían los requisitos para ser sujeto pasivo de la conducta típica de feminicidio*, pues esta se llevó a cabo contra una mujer, y específicamente por su identidad de género de mujer trans.

Habiéndose probado la inimputabilidad de Davinson Estiven Erazo Sánchez, procedió el despacho a imponer medida seguridad en centro de reclusión psiquiátrico por 20 años y lo declaró penalmente responsable de los delitos de feminicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Es así como en la sentencia aludida no hubo mayor impedimento para subsumir la conducta del condenado a este tipo penal y, por ende, en reconocer la calidad de mujer de la víctima. Lo anterior en primera medida con el respaldo normativo de la figura, que, aunque no es el ideal sí permite dar argumentos tendientes a demostrar el recibo de estas. En efecto, la palabra usada en la consagración del tipo penal, que señala «por motivos de su identidad género» no ofrece duda del reproche dado a quienes con comportamientos feminicidas violentan la integridad de las mujeres transgéneros y transexuales. Y, en segundo lugar, con el respaldo testimonial y físico de la vivencia de la occisa en el género opuesto.

5 Cuyo tenor literal reza: Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

Reflexión

Por esta razón, se hizo un buen uso de los postulados de *enfoque diferencial de género*, en la medida que el razonamiento jurídico se sustentó en la premisa mayor, según la cual, el género no se impone con el marcador biológico de nacimiento. Además que el fin de este tipo penal es proteger contra las agresiones en razón de un sistema machista y sexista que daña a las mujeres para afectarles en su bienestar y autonomía o cuando estas desafían el orden patriarcal establecido. Empero, es necesario advertir que la decisión está sujeta a ser cambiada, pues el máximo Tribunal de lo ordinario, en su Sala Penal, no se ha pronunciado en lo que respecta a la calidad del sujeto pasivo del tipo penal tantas veces mencionado.

Conclusiones

La VBG es un flagelo injusto que las sociedades democráticas no pueden permitir. El enfoque de género aplicado al ámbito penal ha posibilitado la creación de delitos como el feminicidio que prescriben la manifestación de la violencia contra las mujeres, una violencia que obedece a lógicas patriarcales y de dominación. Misma violencia que menoscaba el bienestar y la autonomía de las mujeres o que las ataca por buscar dichos derechos. Las mujeres trans en los países de este estudio han sufrido y sufren una doble violencia de género, primero, todas las relacionadas a ser mujer y segundo una adicional por contrarrestar con su tránsito identitario las ideas biológicas asociadas al sexo/genero.

En este estudio se pudo constatar que el delito de feminicidio tiene grandes retos en estos países si pretende ser efectivo para prevenir y sancionar dicha violencia de género, contra las mujeres trans. Creemos que es importante reflexionar al respecto a modo de conclusión. Una reflexión que dialogue con el derecho, pero que puede extender esta conversación, urgente y necesaria, a otras disciplinas y a la sociedad misma.

El principal aporte que creemos es importante mencionar es que, como lo han hecho otros autores, pudimos ubicar la situación problemática respecto al encuadre de las mujeres trans frente al delito de feminicidio. Una situación que en derecho pasa por pensar en las cualificaciones de un sujeto pasivo. Asunto que en la cultura pasa por revisar las concepciones, ideas y prejuicios, todos aspectos del ámbito simbólico, que se forman respecto a una palabra. En esta investigación pudimos denotar que si el asunto fuera tan sencillo como un encasillamiento o encuadre penal no habría problema para subsumir a las mujeres trans en la categoría mujer que contempla el tipo penal de feminicidio. Pero la cuestión es de otro orden, se trata de la influencia manifiesta de la cultura en el derecho. Esto se evidencia en los argumentos que acompañan a las partes del proceso, fiscales y defensores, pero también en los proferidos por las corporaciones legislativas y los jueces.

Ahora bien, hablemos de reflexiones particulares frente a cada país. Frente a Argentina encontramos que los jueces hacen uso de una norma extrapenal (de carácter civil) como lo es la ley de identidad de género para poder brindar protección a las mujeres trans. Ya que la técnica legislativa penal no involucró el uso de referencias a una interpretación amplia del género, pues a este respecto la norma de feminicidio nada dice. Esto puede dar pie a que se den interpretaciones dispersas y contrarias de la calidad biológica o social del sujeto pasivo, asunto que pone en riesgo cuestiones como la seguridad jurídica y la uniformidad de sentido de un sistema jurídico. Cuestión que por supuesto, puede traducirse en negación de derechos y avales a injusticias hacia esta población.

En el caso de Brasil, el tipo penal de feminicidio se tipifica excluyente pues la norma que lo consagra hace uso de la palabra «sexo», que indudablemente tiene una connotación bioló-

gica de la identidad. Cuestión que es contraria a los nuevos paradigmas identitarios y además desconoce de manera abierta una creciente realidad. En dichos casos se deja en manos de los jueces la protección de las mujeres trans quienes con maniobras garantistas como la aplicación de una ley anterior defienden los derechos de las mujeres trans, pero que resultan, en el mundo jurídico, cuestionables. Dado que al no poder aplicar el tipo penal de femicidio, en calidad de tentativa, encuadran la acción en una violencia de pareja o lo que es lo mismo, violencia de género.

También, en el caso colombiano hay un concepto amplio de la categoría «mujer» precisando su relación con la «identidad de género». Ello hizo que cerrar el marco de interpretación de los aplicadores de justicia frente a la discusión biológica o social del concepto, se pudiera encuadrar perfectamente a la mujer trans al delito, evitando así arbitrariedades argumentativas.

Los diferentes caminos seguidos en cada país para proteger en mayor o menor medida los derechos a la igualdad, la dignidad y la vida de las mujeres trans desde el derecho penal son muestra de la urgente emersión de un cambio. Uno que se está dando en las sociedades y que le corresponde al derecho atender. Un asunto pendiente que involucra las bases mismas del Estado social de derecho y la democracia. La real y efectiva protección de los derechos de las ciudadanas trans a una vida libre de violencia y a una igualdad formal y material por medio de los dispositivos del Estado, por medio del derecho.

En fin, el escaso número de países y casos aquí analizados da lugar a que en el futuro se realicen investigaciones, bien sea con nuevas preguntas de análisis, como por ejemplo ¿si hay violación de la legalidad, en su cara de tipicidad, cuando la inclusión o exclusión de las mujeres trans se da por la interpretación que hacen los jueces del apelativo usado por el legislador para consagrar la figura? o realizando nuevos estudios con más países, para así conocer en mayor medida la asimilación regional o global de esas nuevas dialógicas sociales de la identidad, ya no solo del sujeto pasivo, sino incluso del sujeto activo.

Sin embargo, la conclusión innegable de este trabajo es que, los *corpus* normativos al menos de los tres países estudiados dan cuenta de esas nuevas narrativas sociales y de las contradicciones entre el derecho y la cultura. En ese sentido, se pudo observar cómo el derecho penal con enfoque de género ha abierto la puerta para garantizar los derechos de las víctimas de femicidio y así intentar combatir este flagelo y muchas otras violencias de género. Daños que no podrían ser reconocidos si el derecho y sus intervinientes no entienden los cambios contemporáneos como el tránsito de género. Pues las personas de identidad diversa, en este caso, las mujeres trans necesitan ser reconocidas como ciudadanas plenas y corresponde al derecho abarcar esta realidad para que se garanticen y protejan sus derechos de manera igualitaria, como debe ser en sociedades que pretenden llamarse democráticas y justas.

Referencias

- Brandão Augusto, C. (2018). Femicidio en el sistema penal brasileño. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM nueva época*, (9), 285-314.
- Buompadre, J. E. (s. f). *Los delitos de género en la reforma penal* (Ley N.º 26.791). Buenos Aires.
- Cámara de Diputados de la República de Argentina. (2012). *Ley 26.791, por medio de la cual se introducen modificaciones al artículo 80 del Código Penal*. Buenos Aires.
- Cámara de Diputados Federal de Brasil. (2015). *Ley N.º 13.104 de 8 de noviembre, Ley de Femicidio*, Brasilia.
- Cifuentes V., P. (2019). *Violencia contra la mujer. Derecho comparado*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile | Asesoría Técnica Parlamentaria. Santiago de Chile.
- Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Fundación Santamaría (2015). *Cuerpos excluidos, rostros de*

- impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBT en Colombia.*
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe sobre la violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América.*
- Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley 1761, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosal Elvira Cely).* Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia: magistrada Ponente, Gloria Stella Ortiz Delgado. (2016). Sentencia C-297 del año 2019, Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia: magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva. (2016). Sentencia C-539 del año 2019, Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina. (2018). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina.* Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2018.pdf>
- Estupiñán Quesada Sandra, Barco García Alexandra, Giraldo Quintero Luz, Cardona Marín Maryory y Zúñiga López Sandra. (2017). *El feminicidio en Colombia. Contexto social y dogmático de la prohibición* (tesis de maestría). Universidad Icesi, Cali, Colombia.
- Jiménez Rodríguez Nayibe P. (2011). Femicidio/Feminicidio: Una salida emergente de las mujeres frente a la violencia ejercida en contra de ellas. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 3. Bogotá, Colombia.
- Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Jueza: Catalina María Manrique Calderón. (2018). *Radicación Nro. 412986000591201700156.* Garzón, Huila, Colombia.
- Maffía, D. (comp.). (2008). *Sexualidades migrantes. Género y transgénero* (2.ª ed.). Editorial Librería de Mujeres.
- Misterio por el crimen de una líder trans. (13-10-2015). *Diario El Clarín.* Buenos Aires, Argentina.
- Rachid, M. y Massenzio, F. (2014). *Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe.*
- Ramos de Mello, A. (2015). *Feminicidio: un análisis criminológico-jurídico de la violencia contra las mujeres* (tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España.
- Real Academia de la Lengua Española. (2019). *Diccionario de la lengua española.* Madrid, España.
- Reyes Serna, J., Urrea Giraldo F., Castaño López J. y Viera Martínez O. (2015). Entre la transgresión subversiva y el conservadurismo de género: transgeneristas negras. Urrea Giraldo, F. y Posso Quiceno, J. (ed.). (2015). *Feminidades, sexualidades y colores de piel. Mujeres negras, indígenas, blanca-mestizas y transgeneristas negras en el suroccidente colombiano* (pp. 471-531). Cali, Universidad del Valle. Programa editorial.
- Salin Pascual, R. (2008). La comprensión transexual de la relación entre el cuerpo y la mente. *Revista Trabajo Social*, (18), pp. 86-99.
- Stryker S. (2017). *Historia de lo trans.* Editorial Continta Me Tienes, colección La pasión de Mary, n.º 10, Madrid.
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Magistrado ponente: George Lopes (2018). *Proceso Nro. 20171610076127RSE (0006926-72.2017.8.07.0020).* Brasilia, D. F.
- Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 4 de la capital Federal. Magistrado ponente: Adolfo Calvete. (2018). *Causa Nro. 62.162 62.162/2015.* Buenos Aires.
- Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres. (2018). *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios).* Recuperado de contenidos.fiscalia.gov.ar/uploads/2018/03/informe_ufem_2018.pdf
- Vásquez Toledo P. (2012). *La tipificación del femicidio/feminicidio en países latinoamericanos: antecedentes y primeras sentencias (1999-2012)* (tesis de doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. Revista Derecho Penal Central es una publicación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, que difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.
2. Al presentar sus contribuciones a la revista Derecho Penal Central, los autores declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas y la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Si el autor llegare a presentar un artículo ya publicado en otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec a la atención de Revista Derecho Penal Central
4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:
 - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio e incluirán en su primera página título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
 - Las colaboraciones en revista Derecho Penal Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la Modern Language Association (mla) o del Modelo Editorial Latino (ml) de pie de página.
 - Deberán ser escritos en formato .doc (Microsoft Word), en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1,0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
 - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
 - Debido a que la revista Derecho Penal Central se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.
 - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
 - Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser: «publicable», «no publicable» o «publicable con observaciones».
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial o un miembro del consejo y otro que será escogido por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
 - si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación;
 - comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar); y
 - sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).



Este libro, que
usó tipografía *Palatino*
tamaño 11, se terminó de
diagramar para su versión digital
en Editorial Universitaria en el mes
de enero de 2023 siendo rector de la
Universidad Central del Ecuador
el Dr. Fernando Sempértegui
Ontaneda y director de Editorial
Universitaria el Prof.
Gustavo Pazmiño.

